Vertrauensschutz beim Hypothekenerwerb.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Hans Schroeter

Gerichtsreferendar aus Berlin.

MARBURG 1933.

Buchdruckerei Joh. Hamel, Marburg

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 30. November 1932.

Berichterstatter: Geh. Justizrat Professor Dr. Leonhard.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literaturverzeichnis.

Biermann: Sachenrecht Berlin 1914.
Böhmer: Trennung von Hypothek und Forderung, ArchBürgR 37 205 ff.
Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Sachenrecht 2. Aufl. Halle 1901.
Enneccerus, Kipp, Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Sachenrecht. 8. Bearbeitung Marburg 1929.
Fuchs: Grundbuchrecht 1. Bd. Berlin 1902.
Gieseke, Paul: Der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach § 892 in seiner Wirkung Grundstücksrechten gegenüber. Borna-Leipzig 1910.
Güthe-Triebel: Kommentar zur Grundbuchordnung. 5. Auflage, Berlin 1929.
Hagelberg, Ernst: Der öffentliche Glaube des Grundbuchs als aufwertungsrechtlicher Begriff. Festschrift für Heinitz S. 146 ff.
Meyer, Herbert: Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht, München 1909.
Mügel, Oskar: Das gesamte Aufwertungsrecht. Kommentar zum Aufwertungsgesetz vom 16. 7. 25. Berlin 1922.
Mügel-Schotter: Kommentar zu den neuen Aufwertungsgesetzen vom 18. Juli 1930, Berlin 1930.
Mündheim, Alfred: Ererb der Briefhypothek kraft öffentlichen Glaubens gemäß § 1155. Berlin 1925, Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 26.
Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht, 4. Auflage. Berlin 1909.
Planck's: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Band Sachenrecht 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1920.
Predari: Die Grundbuchordnung Berlin 1913.
Ramdohr: Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhaften menschlicher Erkenntnisfähigkeit im bürgerlichen Gesetzbuch. GruchBeitr. 44 115 ff.
Reichsgerichtsrätekommentar. Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 3. Band Sachenrecht 7. Aufl. Berlin und Leipzig 1929.
Riezler: Konkurrierendes und kollidierendes Verschulden. ArchZivPr. 98, 390.
Sawitz, Hugo: Der Inhalt des Grundbuchs. Berlin 1908.
Schlegelberger-Harmening. Gesetz über die Aufwertung von Hypotheken. 4. Aufl. Berlin 1926.
Quassowski: Kommentar zu den Aufwertungsgesetzen 1926.
Staudinger: Kommentar zum bürgerlchen Gesetzbuch, 3. Band, Sachenrecht 9. Auflage. München, Berlin, Leipzig 1926.
von Tuhr: Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. München und Leipzig 1910—1928.
Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht 3. Aufl. Paderborn 1906.
Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Band II. Sachenrecht. Amtl. Ausgabe Berlin und Leipzig 1888.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs, bearbeitet von Achilles, Gebhardt, Spahn. Band III. Sachenrecht. Berlin 1899.
Juristische Wochenschrift.
Juristische Rundschau
Deutsche Juristenzeitung
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Inhalt.

Seite

Einleitung: Zweck und Grundgedanken des Vertrauensschutzes. 5

Erster Teil: Erwerb der Hypothek.

1. Allgemeine Voraussetzungen. 11
   a) Einigung
   b) Eintragung
   c) Bestehen der Forderung
2. Gutgläubiger Erwerb 11
   a) Erwerb durch Rechtsgeschäft 12
   b) Unrichtigkeit des Inhalts des Grundbuchs 13
      α) Fälschung 14
      β) Doppelbuchung 19
      γ) Tatsächliche Angaben 20
      δ) Rang 21
   c) Guter Glaube 23

Zweiter Teil Uebertragung der Hypothek.

1. Allgemeine Voraussetzungen
   a) Einigung, Eintragung, Abtretrungserklärung, Briefübergabe. (Besitzfragen). 24
   b) Die Urkunden des § 1155 BGB. 26
      α) Zusammenhängende auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe 27
      β) Oeffentliche Beglaubigung. 29
      γ) Gerichtlicher Ueberweisungsbeschluß und öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung 32
2. Gutgläubiger Erwerb 33
   Unrichtigkeit des Grundbuchs
      α) Doppelbuchung und doppelter Hypothekenbrief 33
      β) Rang 35
         aa) Aufwertungsgesetzgebung 40
         bb) Gesetz vom 18. Juli 1930 41
   b) Einwendungen des Schuldners
      α) aus der Entstehung des Rechts 41
         aa) fehlende Einigung 42
         bb) der eingetragene Gläubiger ist nicht der Berechtigte 43
         cc) die Forderung besteht nicht 44
      β) aus der Uebertragung des Rechts 45
      γ) Einreden aus dem Grundgeschäft 45

Zweck und Grundgedanken des Rechtsgedankens: Vertrauensschutz.

Das Reichsrecht hat durch die Bestimmungen über die Einrichtung und Führung des Grundbuchs in materieller und formeller Hinsicht ein einheitliches Rechtsgebilde geschaffen, das Klarheit und Übersichtlichkeit in diese für die Wirtschaft und den gesamten Wohlstand des Volkes unentbehrliche Rechtsinstitution gebracht hat. Ihr Zweck und ihr Ziel ist die Offenlegung der Rechtsstellung des Grundstücks selbst und der Rechtsverhältnisse am Grundstück. Sie wird erreicht durch den Erlaß besonders straffer und zwingender Bestimmungen materiellen und formellen Inhalts und ihre konsequente Durchführung. Aber im Interesse des Verkehrs wird oft auch der Rechtszustand als vorhanden betrachtet, wie er sich aus dem Grundbuch ergibt, der aber in Wirklichkeit nicht besteht.

In dieser Kennzeichnung der Wirkung des Vertrauensschutzes liegt ein Doppeltes: Die tatsächlich erfolgte Eintragung gilt als r i c h t i g und das Bild der Rechtslage ist v o l l s t ä n d i g. Man bezeichnet diese beiden Wirkungen des materiellen Publizitätsprinzips als negative und positive, negativ insofern, als Rechte, die nicht im Grundbuch eingetragen sind, Dritten gegenüber als nicht vorhanden gelten, positiv insofern, als der Inhalt der Eintragung zugunsten Dritter als rechtsbeständig gilt[1]).

Man hat die Notwendigkeit und den Zweck dieser Bestimmungen aus verschiedenen Gründen und Überlegungen erklären wollen.

M e y e r[2]) bezeichnet als die Grundlage des Vertrauensschutzes das V e r a n l a s s u n g s p r i n z i p. Er führt aus, daß das deutsche Recht in der richtigen Erkenntnis, daß das Privatrecht typische Behandlung verlange, unter Umständen nicht davor zurückschrecke, dem einen Schaden aufzuerlegen, der die Veranlassung zu seiner Entstehung gegeben habe, ohne daß ihn ein Verschulden zu treffen brauche. Er entwickelt diesen Grundsatz zunächst beim Inhaberpapier und Wechsel. Er setzt sich über die Streitfragen der Kreations- und Vertragstheorie hinweg und läßt den Aussteller haften, weil er die Publizitätsform hergestellt habe, die bestimmt sei, das Recht in sich aufzunehmen, weil er also die Veranlassung zur Entstehung des Rechts gegeben habe[3]).

Genau das gleiche gilt nach seiner Ansicht für den Grund-

[1]) Dernburg § 47, 2 Anm. 3, Oberneck S. 377, Gieseke S. 69.
[2]) Meyer S. 84.
[3]) Meyer S. 94.

stücksberechtigten, der sein Recht nicht im Grundbuch verlautbaren lasse. „Er gab die Veranlassung dazu, daß der Rechtsschein sich gegen ihn wandte. Sein ist der Schade“[4]).

Diese Begründung mag für den Fall, daß der Grundstückseigentümer oder der sonstige Grundstücksberechtigte sein Recht nicht hat eintragen lassen, zutreffen. Aber das ist nur ein Fall. Wie lassen sich die anderen Fälle erklären, in denen der Grundstückseigentümer oder der sonstige Grundstücksberechtigte von der Rechtsänderung überhaupt nichts erfährt? So wenn X unter Vorlage falscher Papiere dem A das Haus des E auflässt oder eine Hypothek des A an B abtritt oder wenn A, der dem B seine Briefhypothek durch Einigung und Eintragungsbewilligung abgetreten hat, vor der Eintragung, nachdem B die Eintragungsbewilligung dem Grundbuchamt bereits eingereicht hat, die Hypothek durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung und Briefübergabe an den gutgläubigen C abtritt? Diese Fälle ließen sich beliebig vermehren. Das Veranlassungsprinzip, das lediglich für einzelne Vorgänge zutrifft, kann daher keine Erklärung für die Grundsätze des gutgläubigen Erwerbs bilden[5]).

Romeik[6]) bezeichnet den Schutz des guten Glaubens als den grundlegenden Charakterzug des materiellen Publizitätsprinzips. Dem setzt Gieseke[7]) entgegen, daß der gute Glaube in den einzelnen Vorschriften, die angeblich seinen Schutz bezweckten in verschiedenen Weise definiert sei, so daß aus dem Zweck der Vorschriften in dieser Form ein einheitliches Prinzip nicht abzuleiten sei. Er weist ferner darauf hin, daß der Schutz des guten Glaubens eine Bevorzugung des einzelnen Rechtsgenossen auf Grund eines individuellen Momentes darstellen würde und folgert daraus, daß ein solcher rein subjektiver Faktor nicht geeignet sein könne, vom Gesetz als Träger des ganzen Rechtsprinzips hingestellt zu werden. M. E. ist das Ergebnis, zu dem Gieseke kommt, daß nämlich ein rein subjektiver Faktor nicht die Grundlage des Vertrauensschutzes sein könne, richtig, aber nicht weil der Schutz des guten Glaubens eine Bevorzugung des einzelnen auf Grund eines individuellen Momentes bedeute — das ist er ja doch in Wirklichkeit —, sondern weil man eine der Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Prinzips — nämlich den guten Glauben — nicht als den Grundgedanken und die Grundlage des Prinzips bezeichnen kann.

---

[4]) Meyer S. 95.

[5]) ebenso Wolff, Sachenrecht § 45 Anm. II 23. Das Werk von Güller, Unfreiwilliger Besitzesverlust und gutgläubiger Fahrniserwerb, der sich ebenfalls gegen die Ansicht von Meyer wenden soll, war mir nicht zugänglich

[6]) Romeik S. 38.

[7]) Gieseke S. 5.

Gieseke selbst vertritt die zuerst von Ramdohr[8]) verfochtene Ansicht, daß das materielle Publizitätsprinzip die Unterstützung der mangelhaften menschlichen Erkenntnisfähigkeit bezwecke[9]). Ramdohr geht davon aus, daß es in einem komplizierten Rechtssystem für die große Masse der Rechtsgenossen schwer sei, aus den ihnen bekannten Tatsachen die richtigen Schlüsse zu ziehen. Kein Mensch sei imstande, die ihn interessierenden juristischen Momente mit der Schnelligkeit und Sicherheit zu überschauen, wie es zur Bildung einer umfassenden Übersicht über die jedesmalige Rechtslage erforderlich erscheine[10]) Daher gehöre es zu den dringendsten Aufgaben bei der Regelung unserer Lebensverhältnisse, daß der mangelhaften menschlichen Fähigkeit im Erkennen der konkreten Sach- und Rechtslage mit allen überhaupt verfügbaren Schutzmitteln zu Hilfe gekommen werde. „Der Zweck ist die Unterstützung im Überblicken der Rechtslage, aber das Mittel ist nicht die Schadloserklärung des Irrens überhaupt, sondern die Einführung bestimmter Rechtsreflektoren mit der Wirkung, daß das aus ihnen hervorscheinende Bild in Ansehung der vom Schutz betroffenen Personen so lange als wahr gilt, bis die Reflexwirkungen in bestimmter Weise zerstört werden."[11]). Die Grundlage und den Ausgangspunkt des ganzen Schutzsystems bilde also die jedesmal unter dem Gesichtswinkel der Erkenntnisquelle erscheinende Formation, welche man als Recht ansehen dürfe, auch wenn sie in Wahrheit sich mit dem Recht nicht decken sollte[12]).

Gieseke gibt dieser Ansicht den Vorzug, weil sie auf der einen Seite eine sichere Umgrenzung des Kreises der von ihr zusammengefaßten Erscheinungen biete, auf der anderen auch deren Verschiedenheiten gerecht werde[13]). Damit hat er sich m. E. die Sache ziemlich leicht gemacht.

Sawitz[14]) lehnt dieses Prinzip ab, weil es die in Betracht kommenden Fälle unter dem Gesichtswinkel des Individualismus begreifen wolle. Ramdohr meine, der Erwerber solle geschützt werden um seiner mangelhaften Erkenntnisfähigkeit willen, man frage sich aber mit Recht, warum die mangelnde Erkenntnisfähigkeit dessen, der das Recht verliere, sich des Schmutzes nicht erfreuen solle; denn auch bei diesem könne sehr wohl ein Zwiespalt zwischen der Wirklichkeit und der Erkenntnis von der Wirklichkeit bestehen: er sei z. B. Eigentümer eines Grundstücks und glaube,

---

[8]) Ramdohr in GruchBeitr. 44 122 f.
[9]) Gieseke S. 6.
[10]) Ramdohr S. 125.
[11]) Ramdohr S. 128.
[12]) Ramdohr S. 128.
[13]) Gieseke S. 6.
[14]) Sawitz S. 4 Anm. 2.

als solcher im Grundbuch eingetragen zu sein, während in Wirklichkeit das Recht für einen anderen vermerkt sei. Sawitz ist der Ansicht, daß nur ein solches Prinzip, das nicht den einzelnen, sondern die Gesamtheit ins Auge fasse, zur Erklärung des materiellen Publizitätsprinzips genügen könne.

Ramdohr geht von dem Gegensatz zwischen dem Recht und der sie beeinflussenden Tatsache aus und von der Erfahrung, daß es für die große Masse schwierig sei, aus den ihr bekannten Tatsachen die richtigen Schlüsse zu ziehen. Er meint, das Gesetz wolle das erleichtern und schaffe daher gewisse Erkenntnisquellen, die für die mangelnde menschliche Erkenntnisfähigkeit im Rechtsleben eine Stütze bilden sollten. Mit anderen Worten: das Gesetz erleichtert wiederum durch besondere Bestimmungen die Subsumption der Tatsachen unter den Rechtssatz. Aber das ist völlig unzureichend. Ramdohr geht von der Schwierigkeit der Subsumption der Tatsachen unter den Rechtssatz aus, also von bekannten Tatsachen, deren rechtliche Behandlung lediglich zweifelhaft ist. Der Schutz des guten Glaubens greift aber nur dann ein, wenn die wirkliche Rechtslage nicht mit der Eintragung im Grundbuch übereinstimmt, wenn also die Tatsachen, auf die ein Recht gestützt wird, unbekannt sind, während der Rechtssatz bekannt sein kann. Es wird also nicht genügend die mangelhafte menschliche Erkenntnisfähigkeit mit Bezug auf die Tatsachen und auf die Subsumption der Tatsachen unter den Rechtssatz unterschieden. Darum wird Ramdohr auch zu einem Gedankensprung genötigt: Er muß es als bloße Tatsache anführen, daß dieser Erkenntnisquelle besondere Kraft beigelegt wird, nämlich die Fiktion, daß die Erkenntnisquelle und die Wirklichkeit übereinstimmen. Damit gelangt er zum Ausgangspunkt der Frage, zu der Tatsache der Fiktion zurück, ohne über die Gründe, die zu der Gesetzesbestimmung geführt haben, etwas gesagt zu haben. Darum kann es auch nicht der Zweck der Bestimmungen über den gutgläubigen Erwerb sein, Unterstützung im Überblicken der Rechtslage zu geben; denn die Rechtslage ist ja gerade anders, als sie sich aus der Erkenntnisquelle ergibt. Die mangelhafte menschliche Erkenntnisfähigkeit mit Bezug auf Tatsachen beherrscht die Fragen des materiellen Publizitätsprinzips, sie tritt uns auf Schritt und Tritt entgegen. Sie wird aber durchaus nicht gleichmäßig behandelt: In manchen Fällen hat sie überhaupt keinen Einfluß (bei Forderungsrechten), dann werden besonders strenge Anforderungen an sie gestellt (grobfahrlässige Nichtkenntnis im Mobiliarsachenrecht) und im Immobiliarsachenrecht schließt nur die Kenntnis den Schutz des guten Glaubens aus.

Da das Gesetz die mangelhafte menschliche Erkenntnisfähigkeit in ihren Auswirkungen so durchaus verschieden behandelt, so spricht dies dagegen, daß sie den Grund für die Zulassung eines gutgläubigen Erwerbes bildet.

Man hat das materielle Öffentlichkeitprinzip in seiner negativen und positiven Richtung — Richtigkeit und Vollständigkeit des Grundbuchs — auch als Prinzip des Verkehrsschutzes bezeichnet[15]). Diese Benennung bietet nach der Ansicht von Gieseke[16]) eine gute Abgrenzung gegenüber dem Prinzip der formalen Rechtskraft; er meint aber, sie reiche nicht aus, um die Grundidee des § 892 BGB. und der ihm verwandten Bestimmungen zu erfassen. Er führt aus, daß das Verkehrsinteresse bei der Schaffung der Vorschrift des § 892 BGB. zwar in hervorragender Weise mitgewirkt habe; aber schließlich sei jede Rechtsbestimmung nur um des Verkehrs willen vorhanden, und deshalb könne man, um eine besondere Gruppe von Erscheinungen zu charakterisieren, nicht auf ein so allgemein vorhandenes Moment zurückgreifen.

Diese Kritik ist m. E. nicht stichhaltig. Es ist zwar richtig, daß alle oder zum mindesten viele Gesetzesbestimmungen um des Verkehrs willen vorhanden sind, d. h. also im Interesse einer ruhigen, sicheren und schnellen Entwicklung und Abwicklung. Bei einem Zwiespalt zwischen dem wahren Recht und dem Scheinrecht wird letzteres deshalb bevorzugt, weil nur dadurch ein sicherer Verkehr mit Grundstücken ermöglicht wird. Dieser Zweck, der nur eine Folge des Verkehrs ist, rechtfertigt es, diese Vorschriften gegebenenfalls besonders als Verkehrsschutz zu bezeichnen.

Die Hypothek ist eine Grundstücksbelastung des Inhalts, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist. (§ 1113 BGB.). Sie ist also eine Belastung des Grundstücks, eine dingliche Belastung, neben die die persönliche Schuld tritt, ohne daß der Grundstückseigentümer zugleich der persönliche Schuldner zu sein braucht.

Das bürgerliche Recht unterscheidet die Verkehrshypothek[17]) und die Sicherungshypothek, deren Zweck sich schon aus der Bezeichnung ergibt. Zwar soll auch bei der Verkehrshypothek die Forderung durch die Hypothek gesichert werden, aber neben die Sicherung tritt ein anderer Zweck, nämlich der der reditbeschaffung für den Grundeigentümer, die Mobilisierung des Grundbesitzes. Hier ist die in der Hypothek liegende Sicherung nur ein Mittel zum Zweck, nicht Selbstzweck, wie es bei der Sicherungshypothek der Fall ist. Dementsprechend ist auch die rechtliche Behandlung dieser beiden Hypothekenarten grundverschieden: da die Sicherungshypothek lediglich der Sicherung einer bestimmten Forderung dienen soll, ist die Forderung jeweils von

[15]) Dernburg § 47 4, Oberneck S. 377.
[16]) Gieseke S. 5.
[17]) ohne daß allerdings diese Bezeichnung im Gesetz erscheint.

demjenigen, der die Hypothek geltend macht, zu beweisen, während umgekehrt bei der Verkehrshypothek es Sache des Eigentümers ist, das Nichtbestehen der Forderung zu beweisen. Wichtiger noch und für die vorliegende Arbeit von ausschlaggebender Bedeutung ist die Tatsache, daß es bei der Sicherungshypothek keinen gutgläubigen Erwerb gibt. Sie ist eben lediglich zur Sicherung und nicht für den Kreditverkehr bestimmt — ein gutgläubiger Erwerb, der die Mobilisierung des Grundbesitzes bezweckt, ist demnach hier zu entbehren[18]).

Aber auch innerhalb der Verkehrshypothek hat das Gesetz noch wieder voneinander abweichende Gestaltungen der Hypothek und insbesondere verschiedene Durchführungsmöglichkeiten gegeben, je nachdem auf welchen der beiden Faktoren — Sicherung oder Kreditbeschaffung — der größere Wert gelegt werden soll.

Die Mobilisierung des Grundbesitzes ist voll durchgeführt bei der Briefhypothek. Hier erhält die Hypothek volle Umlaufsfähigkeit durch die Erteilung des Briefes, der die Hypothek vom Grundbuch loslöst und ihr im Briefe in Erweiterung des Grundbuchs eigenes Leben verleiht. Zwar genießt nur das Grundbuch öffentlichen Glauben, nicht der Brief. Geht aber die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Brief hervor, enthält der Brief z. B. einen Teilquittungsvermerk, so wird der öffentliche Glaube des Grundbuchs durch den Brief zerstört[19]). Hier bei der Briefhypothek ist der Sicherungscharakter Mittel zum Zweck: weil die Sicherung im Grundstück vorhanden ist, wird Kredit gegeben; in erster Reihe steht aber die Umlaufsfähigkeit: die Möglichkeit des Gläubigerwechsels und damit der Bewegung des Geldes.

Es besteht aber auch durchaus die Möglichkeit, die Mobilisierung des Grundbesitzes anzustreben und doch noch entscheidenden Wert auf den Sicherungscharakter zu legen. Dem kommt das Gesetz durch die Schaffung der Buchhypothek entgegen. Sie befriedigt das Kreditbedürfnis wie die Briefhypothek, aber sie kommt dem Wunsch nach fester Kapitalanlage entgegen, bei der naturgemäß das Streben nach Sicherheit betonter ist als bei der Geldanlage, die zum Zwecke des Umlaufs erfolgt.

Dementsprechend sind die Erfordernisse für den Erwerb der Buchhypothek auch andere als die bei der Briefhypothek. Die Erwerbshandlung kann in doppelter Weise erfolgen: entweder muß erst ein neues Recht geschaffen werden (Bestellung der Hypothek) oder ein bereits vorhandenes Recht wird auf einen neuen Gläubiger übertragen. (Abtretung der Hypothek).

[18]) Ihre Behandlung wird daher auch im weiteren Verlauf der Arbeit ausscheiden.

[19]) Privatvermerke sind nur dann erheblich, wenn sie ersichtlich mehr sind, als Notizen für den eigenen Gebrauch des Schreibers. Deshalb kommt es nicht darauf an, ob sie mit Bleistift oder mit Tinte geschrieben sind, ob sie unterschrieben sind oder ob die Vermerke fremdsprachig sind. So Wolff, Sachenrecht § 142 VII S. 518.

I. Teil:

Bestellung der Hypothek.

Voraussetzung der Bestellung einer Hypothek sind die Einigung des Grundeigentümers und des Hypothekengläubigers über die Besetllung der Hypothek, die Eintragung der Hypothek in das Grundbuch und das Bestehen einer Forderung. (§§ 873, 1113 BGB.). Bei der Briefhypothek kommt noch die Übergabe des Hypothekenbriefes durch den Eigentümer an den Gläubiger hinzu oder die Vereinbarung, daß der Brief dem Gläubiger vom Grundbuchamt ausgehändigt werden soll. (§ 1117 Abs. 2 BGB.)

Fehlt die Einigung, so kann keine Hypothek entstehen, so z. B. wenn die Einigung nichtig[20]) oder anfechtbar[21]) ist. Die Frage, ob dann eine Eigentümer-Grundschuld entsteht, soll hier ausgeschieden werden.

Ebensowenig entsteht die Hypothek, wenn zwar die Einigung vorliegt, aber die Eintragung noch nicht erfolgt ist.

Ist bei der Briefhypothek der Brief noch nicht übergeben worden, so steht nach § 1163 BGB. die Hypothek bis zur Übergabe des Briefes dem Grundeigentümer zu.

Ist keine Forderung vorhanden, z. B. weil die Valuta nicht gezahlt ist, so erlischt nicht etwa die Hypothek. Im Interesse des Eigentümers wird die Rangstelle dem Eigentümer vorbehalten; die Belastung besteht nicht als Hypothek, sondern als Eigentümergrundschuld, deren jederzeitige Umwandlung in eine Hypothek durch Hinzufügung einer Forderung möglich ist.

Gutgläubiger Erwerb.

Leidet die Hypothek an einem der vorgenannten Mängel, sei es, daß die Einigung nicht zustandegekommen ist, daß die Eintragung fehlt oder daß eine Forderung nicht zugrundeliegt, so können diese Mängel nicht durch den guten Glauben des Erwerbers an das Vorhandensein der erforderlichen Voraussetzungen gedeckt und geheilt werden[22]). Wollte man schon hier bei den im Gesetz genau umrissenen Voraussetzungen des Erwerbes einen gutgläubigen Erwerb in dem Sinne zulassen, daß der gute Glaube an die Voraussetzungen des Erwerbs dem Vorhandensein dieser Voraussetzungen gleichzusetzen wäre, dann würden Mängel, die im allgemeinen nicht unter dem Vertrauensschutz stehen (Geschäftsunfähigkeit, Nichtigkeit, Anfechtbarkeit, mangelnde Vertretungsmacht[23]) gutgläubiger Forderungserwerb) lediglich deshalb geheilt werden, weil es sich nicht um eine einfache Forderung, sondern um eine durch Grundstückswerte gesicherte Forderung han-

[20]) z. B. infolge Geisteskrankheit.
[21]) z. B. wegen Irrtums, Täuschung oder Drohung.
[22]) Biermann § 892 Anm. 4, Staudinger § 892 Anm. II B 7.
[23]) RG. JW. 1932 2407.

delte. Eine solche Ausdehnung würde durchaus nicht dem Zwecke des Grundbuchs, die Rechtsverhältnisse am Grundstück offen zu legen, entsprechen. Es würde auch nicht nur eine angesichts der doppelten Sicherung unverständliche Bevorzugung der Hypothekenforderung bedeuten, sondern auch im Widerspruch zu dem gesamten Aufbau unseres Rechts stehen, der zu einer ungeheuren Rechtsunsicherheit führen würde. Die Bestimmungen über den gutgläubigen Erwerb einer Hypothek können also erst dann zur Anwendung kommen, wenn die materielle Rechtslage mit dem Inhalt des Grundbuchs nicht übereinstimmt.

Nur in diesem Falle soll nach § 892 BGB. zugunsten desjenigen, der eine Hypothek durch Rechtsgeschäft erwirbt, der Inhalt des Grundbuchs als richtig gelten, wenn nicht die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist oder ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist.

Erwerb durch Rechtsgeschäft.

Voraussetzung ist zunächst, daß ein rechtsgeschäftlicher Erwerb vorliegt. Der Erwerbsakt muß durch Rechtsgeschäft erfolgen[24]). Der Vertrauensschutz kommt auch nur demjenigen zu, der im Wege der Verfügung in den Grundbuchverkehr eintritt. Er versagt für solche Personen, die nur in obligatorische Beziehungen zu dem Grundstücksberechtigten getreten sind[25]).

Nicht geschützt wird, das ergibt sich aus § 892 BGB., der Erwerb, der sich kraft Gesetzes vollzieht, also z. B. der Erwerb einer Eigentümergrundschuld bei Bezahlung der Hypothekenschuld durch den Eigentümer, bei Erbgang[26]) usw.

Auch der Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung wird nicht geschützt, so der Erwerb einer Zwangshypothek (§ 866 ZPO. oder einer Arresthypothek (§ 932 ZPO.).

Eine Ausnahme von der Regel des § 892 BGB., daß gutgläubiger Erwerb nur durch rechtsgeschäftlichen Erwerb möglich nicht geschützt, so der Erwerb einer Zwangshypothek (§ 866 ZPO) Wenn der Schuldner zur Abgabe der Erklärung der Hypothekenbestellung verurteilt ist, so finden auf diesen Erwerb, der sich mit der Rechtskraft des Urteils und der Eintragung der Hypothek vollzieht, die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb Anwendung. (§ 898 ZPO. in Verbindung mit §§ 894, 897 ZPO.). Fuchs[27]) will diese Wirkung auf den Fall beschränken, daß die Verpflichtung zur Abgabe der Erklärung auf Rechtsgeschäft beruhte. Gi-

---

[24]) Gieseke S. 38.
[25]) Staudinger § 892 Anm. II A 1 f.
[26]) gleichgültig, ob er auf einem Rechtsgeschäft beruht z. B. Testament oder Erb-vertrag. Wolff, Sachenrecht § 45 I 3 b, Anm. 13.
[27]) Fuchs § 892 Anm. II 4.

seke[28]) dagegen will die Vorschrift auch dann anwenden, wenn die Verpflichtung zur Abgabe der Erklärung auf Gesetz beruhte, z. B. auf unerlaubter Handlung. M. E. würde aber diese Auslegung zu weit gehen. Die Vorschrift des § 898 ZPO. will doch nur die allgemeine Regel, daß in der Zwangsvollstreckung gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen ist, mildern für den Fall, daß der Rechtserwerb sich nicht reibungslos vollzieht, sondern der Gläubiger gezwungen ist, die Hilfe des Gerichts anzurufen. Es wäre unverständlich, wollte man in dem Fall, daß keine Komplikationen eintreten, den gutgläubigen Erwerb zulassen und in dem Fall, daß der Erwerb nur mit Hilfe des Gerichts zustandekommt, den gutgläubigen Erwerb ausschließen. Deshalb ist es auch nur logisch, den § 898 ZPO. auch nur auf solche Fälle anzuwenden, in denen bei reibungslosem Ablauf der gute Glaube geschützt werden würde, d. h. also nur dann, wenn ein rechtsgeschäftlicher Erwerb zugrundeliegt.

Da der Schutz des rechtsgeschäftlichen Verkehrs bezweckt wird, versagt der Vertrauensschutz da, wo nur eine Person beteiligt ist, so daß von einem Verkehrsgeschäft nicht gesprochen werden kann. Das ist z. B. dann der Fall, wenn der im Grundbuch fälschlich Eingetragene im Glauben an sein Eigentum sich selbst ein dingliches Recht am Grundstück bestellt oder sich beim Verkauf des Grundstücks eine Kaufgeldhypothek vorbehält[30]).

Unrichtigkeit des Grundbuchs.

Der Schutz des § 892 BGB. tritt immer nur dann ein, wenn der Erwerber keine positive Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs gehabt hat. Das objektive Erfordernis liegt also in der Unrichtigkeit des Grundbuchs selbst, das subjektive in der Nichtkenntnis des Erwerbers von dieser Unrichtigkeit.

Unter dem Inhalt des Grundbuchs ist nicht schlechthin, wie es nach § 892 BGB. den Anschein haben könnte, jede Eintragung zu verstehen, die sich im Grundbuch findet. Das Grundbuch soll Auskunft geben über die an dem Grundstück bestehenden Rechtsverhältnisse. Deshalb ist von besonderer Bedeutung die Beurteilung der Eintragungen, die inhaltlich unzulässig, d. h. verboten oder rechtlich bedeutungslos sind[31]). Hierbei kann es sich um die ganze unzulässige Anlegung des Grundbuchs oder um einzelne unzulässige Eintragungen handeln.

Fälschung.

Zweifelhaft kann es sein, ob gefälschte, d. h. von einer dritten außerhalb des Grundbuchs stehenden Person vorgenommene Eintragungen zum gesetzlichen Inhalt des Grundbuchs zu rechnen

28) Gieseke S. 41.
30) Wolff Sachenrecht § 45 I 4.
31) Sawitz S. 27, 28 und S. 27 Anm. 1.

sind. Diese Frage wird mit der Begründung verneint[32]), daß der Staat, der überhaupt die Informationsquelle schaffe, nur insoweit für ihre Reinheit einstehen könne, als er selbst durch seine Organe das Grundbuch zu einer solchen Quelle gestalte, indem er in ihm eine Reihe von Angaben bewirken lasse. Sawitz meint, ebenso wie die Verantwortlichkeit eines Individuums im allgemeinen nur insoweit in Frage komme, als es selbst handele, dürfe man auch vom Staate ein Einstehen für die Wahrheit der im Grundbuch aufgenommenen Angaben nur dann fordern, wenn er selbst sie bewirkt habe. M. E. handelt es sich bei dem Vertrauensschutze weder um ein Einstehen des Staates für die Wahrheit der im Grundbuch aufgenommenen Tatsachen, noch um ein Einstehen des Staates überhaupt. Eine Einwirkungsmöglichkeit bis zur absoluten Wahrheit des Grundbuchs ist dem Staate bei aller Sorgfalt, die die Grundbuchbeamten anzuwenden haben, nicht gegeben; sonst bedürfte es ja der Bestimmungen über den Vertrauensschutz nicht. Und ein Einstehen des Staates im Sinne unbegrenzter Haftung kommt doch auch nicht in Frage. Zwar gelten auch hier die besonderen Bestimmungen über die Haftung des Staates für seine Beamten und die allgemeinen Haftungsbestimmungen bei vertraglichem und außervertraglichem Verschulden. Aber wenn kein Verschulden nachzuweisen ist, bleibt der Geschädigte derjenige, dessen Recht unterging oder vermindert wurde, also der gleiche, der bei den übrigen Anwendungsfällen des Vertrauensschutzes den Rechtsverlust erleidet. Das Bild ist nicht anders, und deshalb muß man m. E. auch gefälschte Eintragungen dem Schutze des gutgläubigen Erwerbs unterstellen. Das Prinzip der Verkehrssicherheit verlangt auch hier, wo sich ebenso wie in den anderen Fällen die Eintragung äußerlich als formgerecht darstellt, daß dem gutgläubigen Erwerber ihr Bestand gewährleistet werde.

Doppelbuchung.

Für die Klarstellung der Frage, was zum Inhalt des Grundbuchs gehört, ist von besonderer Wichtigkeit das sog. Doppeleigentum, d. h. die versehentliche Anlegung zweier Grundbuchblätter für ein Grundstück.

Die Frage, wie weit der Schutz des öffentlichen Glaubens in diesem Falle reicht, ist lebhaft umstritten. Es bestehen drei Möglichkeiten: Entweder gewährt keine der Erkenntnisquellen den Schutz des guten Glaubens, beide heben sich gegenseitig auf. Oder man hält die eine von beiden für gültig; oder man verleiht allen beiden die Kraft des guten Glaubens.

Die herrschende Meinung[33]) geht von der Erwägung aus, daß beide Erwerber sich nach dem Gesetzeswortlaut auf § 892 BGB.

[32]) Sawitz S. 44, Biermann § 892 Anm. 2 d, Wolff § 45.
[33]) Staudinger § 892 Anm. I 1a, Planck § 892 Anm. 5, Biermann § 892, Anm. 2 c, Turnau-Förster § 892 II S. 194 u. a.

berufen könnten und daß aus diesem Grunde der Schutz des § 892 BGB. versagen müsse. Danach müßten, soweit die Eintragungen einander widersprächen, die Rechtsverhältnisse des Grundstücks ausschließlich nach den Vorschriften des materiellen Rechts beurteilt werden.

Jacubetzky[34]) vertritt den gegenteiligungen Standpunkt und hält jedes der beiden Grundbuchblätter für eine gültige Erkenntnisquelle, auf deren Richtigkeit und Vollständigkeit der gutgläubige Erwerber sich verlassen könne. Er ist der Ansicht, daß die von der herrschenden Meinung aufgestellte Ausnahme von dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs den Grundgedanken auf denen dieser beruhe, widerspreche und sich mit der sich notwendig aus dem Zwecke der Grundbucheinrichtung ergebenden Vorschrift nicht vereinigen lasse, daß es rechtlich für ein Grundstück nur ein Grundbuchblatt geben könne. Für den, der im Vertrauen auf ein Grundbuchblatt erwerbe, bilde dieses Blatt das Grundbuch. Andere Blätter seien nicht vorhanden. Die Rechtslage sei für den Erwerber die gleiche, als wenn unmittelbar von diesem das Grundstück auf dem anderen Blatte auf das für den Erwerber maßgebende Blatt übertragen worden sei, so daß die nicht mitübertragenen Rechte gemäß § 42 Abs. 2 GBO. als gelöscht gelten müßten.

Da Jacubetzky diese Rechtsstellung auch dem Erwerber zuerkennt, der im Vertrauen auf das andere Blatt erwirbt, kommt er zu dem Ergebnis, daß jeweils der spätere Rechtserwerb den vorhergehenden vernichtet. Er muß also das jüngere Recht vor dem älteren bevorzugen.

Auch Sawitz[35]) bezeichnet jedes der beiden Grundbuchblätter als Grundbuch und hält beider Bücher Inhalt für den Inhalt eines gültigen Grundbuchs, der unter dem Schutz der publica fides stehe, soweit er überhaupt als Grundbuchinhalt nach § 892 BGB. zu gelten habe. Er ist infolgedessen der Ansicht, daß Angaben in dem Buche, auf das ein Erwerber nicht gebaut habe und von denen er nichts wisse, für ihn nicht existierten. Das führt auch ihn konsequenterweise dazu, bei der nach der Entdeckung des Fehlers stattfindenden Regulierung immer den letzten gutgläubigen Erwerb als maßgebend zu erachten.

Jacubetzky und Sawitz gehen also von den gleichen Voraussetzungen aus; aber die Rechtslage, die nach ihrer Ansicht entsteht, ist doch wieder verschieden. Lediglich in der Bevorzugung des jüngeren vor dem älteren Recht stimmen sie überein. Der Unterschied besteht darin, daß Jacubetzky alle auf dem einen Blatt vorhandenen Rechte bei gutgläubigem Erwerb auf Grund des anderen Blattes für vernichtet erklärt, während Sa-

[34]) Jacubetzky S. 217 ff.
[35]) Sawitz S. 35 f.

witz nur die entgegenstehenden Rechte als untergegangen betrachtet. Ist z. B. für dasselbe Grundstück auf dem einen Blatte A, auf dem anderen Blatt B als Eigentümer eingetragen, so erlangt, wenn A das Grundstück an C auflässt, dieser mit seiner Eintragung das Eigentum. Veräußert dann aber, bevor die Sache aufgeklärt wird, B das Grundstück an D, so wird nach Jacubetzky D Eigentümer; das Eigentum des C erlischt und die auf dessen Blatte vorhandenen Eintragungen sind zugunsten des D als nicht vorhanden anzusehen. Nach Sawitz[36]) werden nur die mit dem Rechtserwerbe des D in Widerspruch stehenden Rechte z. B. das Doppeleigentum zerstört; soweit jedoch die Rechte sich miteinander vertragen, bleiben sie bestehen, wie mehrere Hypotheken oder sonstige Belastungen. Hier soll bei der Regulierung lediglich das Rangverhältnis zu ermitteln sein.

Sawitz begründet seine Auffassung vom unbedingten Schutz des gutgläubigen Erwerbs mit den Erfordernissen des Prinzips der Verkehrssicherheit. „Wem die Richtigkeit des Inhalts der Erkenntnisquelle gewährleistet wird, dem muß auch garantiert werden, daß diese Quelle durch das Vorhandensein einer anderen, anderes beurkundenden nicht entwertet werde. Der ganze Schutz wäre bedeutungslos, wenn dem Dritten gesagt würde: Das von dir eingesehene Grundbuch gibt dir zwar Auskunft und sichere Auskunft, aber nur unter der Voraussetzung, daß nicht noch ein zweites existiert, das andere Angaben enthält; wenn ihm damit also um Gefahr zu vermeiden, zur Pflicht gemacht würde, bei jedem Erwerb nachzuforschen, ob das Grundstück vielleicht doppelt gebucht sei“[37]).

Aber die praktischen Konsequenzen, die Sawitz aus seiner Anschauung ziehen kann, gewährleisten doch nur zum geringsten Teil das, was er auf Grund des Prinzips der Verkehrssicherheit für erforderlich hält. Er muß zugeben, daß es kein Doppeleigentum geben, daß also hier von einem Schutz des guten Glaubens keine Rede sein kann; und damit verliert seine Konstruktion erheblich an Bedeutung. Diesen Mangel kann er auch nicht damit aus der Welt schaffen, daß er sagt, beim Eigentumswechsel werde der Fehler der Doppelbuchung sehr bald bemerkt. Damit ist aber nicht die Gefahr beseitigt, noch viel weniger der Schaden, der meist in diesem Stadium schon eingetreten sein wird. Und wenn mir an dem Grundstück A^2 eine Hypothek an zweiter Stelle bestellt wird und bei der Aufdeckung des Fehlers und der Regulierung sich herausstellt, daß meine für den zweiten Rang bestellte Hypothek vielleicht an fünfter oder sechster Stelle steht, weil auf dem Blatt A^1 drei Hypotheken ruhen, was nützt mich da die Tatsache, daß

[36]) Sawitz S. 39.
[37]) Sawitz S. 37.

meine Hypothek wirksam ist, wenn sie in der Zwangsvollstreckung ausfällt! Praktisch vorteilhaft ist diese Auffassung m. E. nicht.

Ramdohr[38]) läßt die Ursache der Fehlerquelle entscheiden: Nach seiner Ansicht sind die Wirkungen verschieden, je nachdem ob der Fehler durch falsche Zurückführung veranlaßt wurde oder ob er dadurch entstand, daß bei der Eintragung der Grundbuchgerechtsame selbst eine Unregelmäßigkeit mit unterlief. Im letzteren Falle, also vor allem dann, wenn infolge einer Parzellierung ein Trennstück von einer Stammparzelle nicht abgeschrieben, trotzdem jedoch darüber ein neues Grundbuchblatt angelegt wird, kommt er zu dem gleichen Ergebnis wie Sawitz: Hier seien zwei Erkenntnisquellen vorhanden, die beide gleich stark seien. Daraus folge, daß jede Rechtsänderung, die im übrigen unter den Vorbedingungen des Erkenntnisschutzes eingetragen werde, auf alle Fälle wirksam sei, gleichgültig, ob sie auf diesem oder jenem Blatt vermerkt sei. Komme es dann nach der Entdeckung des Fehlers zur Regulierung, so entscheide die Zeit der Eintragung über die Rangordnung der hier und dort vermerkten Befugnisse. Eine Ausnahme müsse nur insoweit gemacht werden, als Rechte miteinander in Widerspruch träten, die sich ihrem Wesen nach gegenseitig ausschlössen, wie z. B. mehrfaches Eigentum; denn es sei klar, daß nur einer Eigentumsrechte haben könne. Auch hier versage der Erkenntnisschutz nicht schlechthin, sondern nur insoweit, als er außerstande sei, den dadurch verursachten Konflikt zu lösen; statt seiner träten die allgemeinen Rechtsgrundsätze über den Erwerb ein, insbesondere werde der Satz: „Prior tempore, potior iure“ maßgebend sein.

Für diese Auffassung muß die gleiche Kritik gelten, wie sie an den Ausführungen von Sawitz geübt wurde[39]).

Zum entgegengesetzten Ergebnis kommt Ramdohr bei fehlerhafter Individualisierung des Grundstücks, also dann, wenn schon früher ein ordnungsmäßig abgegrenztes Grundstück vorhanden war und es auch weiterhin genügend spezialisiert bleibt, so daß infolge doppelter Zurückführung lediglich ein zweites Folium dazutritt. Dann leidet nach Ramdohrs Ansicht nur das letztere an einem Mangel, während das erstere sehr wohl als Erkenntnisquelle zu dienen geeignet sei. Danach behalten diejenigen, die mit Bezug auf das richtig zurückgeführte Blatt Rechte besaßen, sie ungestört weiter, und solche, die später, — d. h. nach Entstehung des Pseudofoliums — mit Rücksicht auf das richtige Grundstücksblatt Rechte zu erwerben glauben, müssen sie ebenfalls bekommen. Dagegen schafft die Neuanlegung des anderen Blattes überhaupt kein eigentliches Grundbuch, keine Erkenntnisquelle, weil hier die tatsächliche Grundlage fehlt.

[38]) Ramdohr, GruchBeitr. 44,343.
[39]) siehe oben S. 16.

Der gleichen Ansicht sind Güthe-Triebel[40]). Sie gehen von dem Grundsatz aus, daß ein gebuchtes Grundstück nicht mehr buchungsfähig ist. Sobald eine Parzelle eingetragen sei, könne ihre Buchung auf einem anderen Blatte nur dadurch in rechtswirksamer Weise erfolgen, daß die Parzelle von dem ersten Blatt abgeschrieben und auf das neue Blatt übertragen werde. Erfolge eine Buchung in anderer Weise, so könne diese, da sie unwirksam sei, die Wirkung der ersten Buchung nicht beeinträchtigen. Daraus folgern Güthe-Triebel, daß im Falle der Doppelbuchung die zeitlich frühere Buchung des Grundstücks maßgebend bleibe und entscheide[41]). Gleichgültig sei dabei, ob auf dem später gebuchten Grundstück sich Eintragungen fänden, die der Zeit nach den Eintragungen auf dem früher gebuchten Grundstück vorgingen.

Lediglich in dem Falle des „abgeleiteten Erwerbs" weichen Güthe-Triebel wieder von der Ansicht Ramdohrs ab und nähern sich der von Sawitz vertretenen Meinung. Wird nämlich eine Parzelle eines Stammgrundstücks aufgelassen, auf das Blatt des Käufers übertragen, aber versehentlich nicht von dem alten Blatte abgeschrieben, dann soll die Buchung auf dem Blatt des Käufers wirksam sein. Werden dagegen beide Buchungen gleichzeitig, d. h. in Ausführung einer und derselben Grundbuchverfügung ausgeführt, so sollen wieder beide wirksam sein.

Rein konstruktiv entsprechen diese feinen Unterscheidungen vielleicht der Rechtslage am meisten. Es leuchtet durchaus ein, daß bei der Abschreibung eines Trennstücks der abgeschriebene Teil eigenes Leben erhalten muß. Aber warum soll er mit dem Schicksal des Stammgrundstücks verbunden bleiben, wenn beide Buchungen auf Grund ein und derselben Verfügung erfolgt sind? Zudem, wer kann das kontrollieren und vor allem, wie kann es der Außenstehende wissen, auf welche Weise der Fehler zustandegekommen ist, wenn er nicht einmal wissen kann, daß ein solcher Fehler vorhanden ist? Es hieße doch wirklich den Vertrauensschutz von einem Zufall abhängig machen, wollte man diese feinen, lediglich im internen Grundbuchverkehr bemerkbaren Unterscheidungen maßgebend sein lassen.

Keine der angeführten Ansichten bringt also eine in allen Teilen befriedigende Lösung der Streitfrage. Sie bevorzugen vielmehr sämtlich in unbilliger Weise den einen oder den anderen Erwerber. Rein konstruktionell ergeben sich Rechtserwerb und Rechtsverlust, ohne daß ein Grund für die Vermehrung der Rechte auf der einen Seite oder für die Verminderung der Rechte auf der anderen Seite ersichtlich wäre. Zudem entsteht eine recht bedenkliche Unsicherheit, da der Erwerber, der im übrigen die Voraus-

[40]) Güthe-Triebel GBO. § 2 Anm. 57b.
[41]) ebenso Riezler ArchZivP. 98 390.

setzungen des § 892 BGB. erfüllt, sich doch nicht im Umfange des § 892 BGB. auf den Inhalt des Grundbuchs verlassen kann: Es besteht trotz der Anwendbarkeit der Bestimmungen über den Vertrauensschutz die Möglichkeit, daß ein Rechtsverlust oder zum mindesten eine Rechtsminderung eintritt. Angesichts dieser großen Bedenken ist es m. E. richtiger, im Falle der Doppelbuchung den guten Glauben gänzlich auszuschalten und lediglich die materielle Rechtslage ausschlaggebend sein zu lassen. Zwar entstehen auch hier Rechtsverlust und Rechtsminderung, aber damit muß dann jeder Erwerber rechnen. Im Interesse der sicheren Abwicklung des Immobilienverkehrs liegt es sicherlich mehr, hier Klarheit zu schaffen in dem Sinne, daß ein Schutz des guten Glaubens nicht stattfindet, der Erwerber also insoweit sich nicht auf das Grundbuch verlassen kann, als ihm zwar den Vertrauensschutz zuzubilligen, ihn aber trotzdem in der vom Zufall abhängigen Ungewißheit zu lassen, ob er das Recht nun wirklich erworben habe.

Darum ist m. E. der herrschenden Meinung Recht zu geben, die keiner der Einschreibungen, soweit sie sich widersprechen, den Vertrauensschutz zugesteht. Die juristische Grundlage dieser Ansicht ist die Überlegung, daß das Grundbuch den gesamten Inhalt aller Grundbuchblätter umfasse und daß daher das auf dem einen Grundbuchblatt Eingetragene soweit nicht als richtig gelten könne, als auf einem anderen Blatt Entgegengesetztes eingetragen sei[42]).

Tatsächliche Angaben.

Weiter ist von großer Bedeutung die Frage, ob der gute Glaube auf alle Angaben des Grundbuchs, auch die rein tatsächlichen zu erstrecken ist. Sie war lange Zeit eine große Streitfrage, ist aber wohl heute in dem Sinne entschieden, daß nicht nur dasjenige, was hinsichtlich der einzelnen Rechte in den hierfür vorbehaltenen besonderen Eintragungsvermerken eingeschrieben ist, dem Vertrauensschutz unterliegt, sondern auch die sonstigen Einschreibungen, soweit sie den Inhalt, den Umfang und die Rechtswirkung der Grundstücksrechte mitbetreffen. Das gilt insbesondere von den Eintragungen, die den Gegenstand, auf den sich das Eigentum und die anderen dinglichen Rechte erstrecken, seinem rechtlichen Umfange nach beschreiben und umgrenzen[43]).

Gieseke[44]) teilt in Ausführung dieser Ansicht die tatsächlichen Angaben des Grundbuchs ein in individualisierende Nachrichten und solche, die einen beschreibenden Charakter haben. Zwischen diesen Unterscheidungen ist die Grenze nach

---

[42]) RGRKom. § 892 Anm. 6, Staudinger § 892 Anm. I 1 a, Planck § 892, Anm. 5, Biermann § 892 Anm. 4, RGZ. 13 248, 29 205.

[43]) RGRKom. § 892 Anm. 6, § 891 Anm. 3.

[44]) Gieseke S. 63, zustimmend Wolff § 37 I S. 767, Biermann § 892 Anm. 2 a, Güthe-Triebel § 2 GBO. Anm. 55.

seiner Ansicht fließend. Er findet aber ihr Unterscheidungsmerkmal in der Beantwortung der Frage, ob sie den dinglichen oder lediglich den obligatorischen Rechtserwerb berühren. Er zählt dementsprechend Angaben über die Wirtschaftsart, den Grundsteuerreinertrag, den Gebäudesteuernutzungswert, die Feuerversicherungssumme, den Gebäudebestand des Grundstücks zu den rein beschreibenden Tatsachen, die am öffentlichen Glauben nicht teilnehmen, da sie nur die Höhe des Kaufpreises oder die Größe des zu gewährenden Darlehns bestimmen könnten, nicht dagegen die Eigentumsübertragung oder die Hypothekenbestellung. Die amtliche Bezeichnung und damit die Angaben der Flur- und Katasterkarten[45]) sollen dem Vertrauensschutz unterliegen. Maßgebend sind hier die Grundsätze der Verkehrsmäßigkeit und Verkehrssicherheit des Grundbuchs, weil das Grundbuch gerade diese Tatsachen einwandfrei festlegen soll und nur das Grundbuch in der Lage ist, zuverlässige Auskunft zu geben[46]).

Dem Gläubiger, dem eine Hypothek bestellt wird, wird demnach garantiert, daß das im Grundbuch als Rechtsobjekt eingetragene Grundstück das Rechtsobjekt ist[47]), nicht dagegen, daß seine Größe, Lage, Kulturart und sein Reinertrag richtig angegeben sind.

Rang.

Zum Inhalt des Grundbuchs gehört auch der Rang, den eine neu geschaffene Post erhält. Das Rangverhältnis unter mehreren eingetragenen Rechten bestimmt sich in derselben Abteilung des Grundbuchs nach der Reihenfolge der Eintragungen, in verschiedenen Abteilungen hat das früher eingetragene Recht den Vorrang (§ 879 BGB.) Ist ein Recht zu Unrecht gelöscht und wird es später wieder eingetragen, nachdem ein gutgläubiger Erwerber ein anderes Recht an dem Grundstück erworben hat, so kann das zu Unrecht gelöschte Recht erst hinter dem Zwischenrecht wieder eingetragen werden.

Die Fragen, die sich an den Rangerwerb knüpfen, sind besonders in den letzten Jahren seit der Inflation von Bedeutung geworden. Das Aufwertungsgesetz vom 16. Juli 1925 hat hier ganz einschneidend eingegriffen und weiterhin das Grundbuchbereinigungsgesetz und das Gesetz über die Fälligkeit und Verzinsung von Aufwertungshypotheken vom 18. Juli 1930.

Die sich aus dem Aufwertungsgesetz ergebenden Rangfragen werden für eine neu zu bestellende Hypothek kaum noch in Frage kommen, da jede noch nicht durchgeführte Aufwertung durch den

---

[45]) neuestens RG. GruchBeitr. 68 68.

[46]) Gieseke S. 64, Wolff § 37 I S. 767, Biermann § 892 Anm. 2 a, Güthe-Triebel § 2 GBO. Anm. 55.

[47]) Biermann § 892 Anm. 2 a.

Ablauf der Fristen nunmehr ausgeschlossen ist. Die Rangfragen der Aufwertungsgesetzgebung werden jedoch wieder aufgerollt, wenn es sich um die Feststellung der Rangverhältnisse bei Übertragung von Hypotheken handelt. Darum sollen sie auch erst im zweiten Teil der Arbeit geprüft werden[48]).

Guter Glaube.

Für den subjektiven Ausschluß des Vertrauensschutzes läßt das Gesetz im Liegenschaftsrecht im Gegensatz zum Fahrnisrecht nicht schon grobfahrlässige Unkenntnis genügen, sondern verlangt im Verkehrsinteresse und in dem Bestreben, für den Grundbuchverkehr möglichst eindeutige und einfache Grundlagen zu schaffen, die positive Kenntnis der Unrichtigkeit.

Es fragt sich aber, ob nicht trotz Kenntnis der Tatsachen, die die Unrichtigkeit ergeben, guter Glaube vorhanden sein kann, wenn der Erwerber sich im Rechtsirrtum befindet. Die Rechtsprechung neigt zu dieser Ansicht[49]). M. E. ist dieser Weg gefährlich, da er geeignet ist, die erstrebte Durchsichtigkeit des Immobiliarsachenrechts zu verdunkeln, und die Offenlegung der Rechtsverhältnisse am Grundstück ungenutzt läßt. Wenn man aber den Rechtsirrtum für erheblich hält, dann muß man einen besonders strengen Maßstab an die Erfordernisse des Rechtsirrtums legen. Es wird trotz der gesetzlichen Verteilung der Beweislast Sache des Erwerbers sein aufzuklären, wie er zu seinem Rechtsirrtum gekommen ist[50]).

Der maßgebende Zeitpunkt für die Frage, ob der Erwerber gut- oder bösgläubig war, ist bei dem Neuerwerb der Hypothek, da sie zur Entstehung der Eintragung bedarf, die Zeit der Stellung des Antrages auf Eintragung und in dem Fall, daß die Eintragung vor der Einigung erfolgt, der Zeitpunkt der Einigung. Bei der Bestellung einer Briefhypothek muß der Gläubiger noch im Zeitpunkt der Übergabe des Briefes gutgläubig sein, da er erst jetzt die Hypothek erwirbt. Wird jedoch die Übergabe des Hypothekenbriefes durch die Vereinbarung ersetzt, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Hypothekenbrief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, so ist die Zeit des Eintragungsantrages maßgebend, wenn in diesem Zeitpunkt die Einigung über die Hypothekenbestellung und die Vereinbarung über die Aushändigung des Hypothekenbriefes zustandegekommen war. Folgt die Vereinbarung erst später, dann ist dieser Zeitpunkt entscheidend[51])

---

[48]) siehe unten S. 35 ff.

[49]) RG. SeuffA. 61 Nr. 137, RGZ. 91 223, RG. Gruch Beitr. 58 1023, RGRKomm. § 1138 Anm. 3 b, § 892 Anm. 10, Biermann § 1138 Anm. 1 b, Wolff § 45 I 5 a.

[50]) Wolff § 45 I 5 a.

[51]) Biermann § 892 Anm. 8 c.

Ist der Erwerber in den genannten ausschlaggebenden Zeitpunkten gutgläubig, so schadet ihm eine spätere Kenntnis nicht mehr[52]). Zweifelhaft ist aber die Frage, wie sich die Rechtslage gestaltet, wenn in diesem Zeitpunkt die unrichtige Eintragung noch garnicht vorhanden war, wenn also z. B. eine noch nicht eingetragene Briefhypothek durch schriftliche Abtretungserklärung und Abrede nach § 1117 Abs. 2 BGB. weiterübertragen wird, die Hypothek zwar eingetragen wird, aber nicht zur Entstehung gelangt, oder wenn ein Grundstückskäufer K, bevor er als Eigentümer eingetragen war, seinem Gläubiger G eine Hypothek einräumt und deren Eintragung beantragt, und wenn K dann als Eigentümer eingetragen wird, ohne Eigentümer zu werden. Planck[53]) bejaht hier die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbes, während nach der Ansicht des Reichsgerichts[54]) gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen ist. Das Reichsgericht steht auf dem Standpunkt, daß es auf die Zeit der Erwerbshandlung ankomme. Die Erwerbshandlung habe sich aber bereits durch die Abtretung der Hypothek als eines künftigen Rechts und die Vereinbarung des § 1117 Abs. 2 BGB. vollzogen, als von einer Eintragung des Rechts im Grundbuch noch keine Rede gewesen sei. Der Vertrauensschutz stehe aber dem nicht zur Seite, der nicht im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs erworben haben könne, weil dessen Inhalt zur Zeit des den Erwerb vermittelnden Rechtsgeschäfts nicht für, sondern gegen das Bestehen des betreffenden Rechts gesprochen habe.

Der Kommentar der Reichsgerichtsräte und Wolff[55]) stehen auf dem Standpunkt, daß es nicht auf die Erwerbshandlung, sondern auf den Zeitpunkt ankomme, in dem der Rechtserwerb sich vollende: das sei der Zeitpunkt der Eintragung des Rechts. Trotz des gleichen Ausgangspunktes kommen aber beide zu entgegengesetzten Ergebnissen: Der Kommentar der Reichsgerichtsräte schließt den öffentlichen Glauben aus, Wolff erklärt ihn für anwendbar, falls der Erwerber noch zur Zeit der Eintragung des Rechts für den Hypothekengläubiger bzw. den Eigentümer gutgläubig war. Eine Begründung für die entgegengesetzten Folgerungen ist nicht gegeben.

Die Ansicht von Wolff hat etwas sehr Bestechendes an sich, aber sie verschiebt m. E. die Rechtslage. Ich kann jedoch auch nicht uneingeschränkt der vom Reichsgericht entwickelten Auffassung folgen, daß es auf den Zeitpunkt der Erwerbshandlung ankomme. M. E. ist der Zeitpunkt maßgebend, auf den es ankommen würde, wenn das Recht, über das vor seiner Entstehung

[52]) Wolff § 45 I 5 Anm. 15.
[53]) Planck § 892 Anm. II 1 b S. 221.
[54]) RGRKom. § 892 Anm. 3, RGZ. 74 416, 92 254 116 453, 361.
[55]) RGRKom. § 892 Anm. 3, Wolff § 45 I 5 Anm. 15.

verfügt war, zur Zeit der Verfügung bestanden hätte. Dann würde sich als maßgeblicher Zeitpunkt für den guten Glauben beim Eigentumserwerb die Stellung des Eintragungsantrages ergeben, bei der Hypothekenabtretung der Zeitpunkt der Abtretung und der Vereinbarung nach § 1117 Abs. 2 BGB. In beiden Fällen sprach der Inhalt des Grundbuchs nicht zugunsten des Erwerbers: weder das Vertrauen auf das Eigentum des Grundstückskäufers, der die Hypothek bestellte, noch das Vertrauen auf die Gläubigereigenschaft des die Hypothek Abtretenden wurde durch das Grundbuch gestützt: für einen gutgläubigen Erwerb ist also kein Raum.

Für den Erwerb durch Stellvertreter gelten die Vorschriften des allgemeinen Teils des bürgerlichen Gesetzbuches. Handelt es sich also um einen Boten, so kommt es lediglich auf den guten Glauben des Vertretenen an. Bei der Stellvertretung im Willen ist bei gesetzlicher Stellvertretung der gute Glaube des Vertreters maßgebend, gleichfalls im allgemeinen bei der gewillkürten Stellvertretung. Nur dann, wenn der Vertreter an bestimmte Weisungen seines Vollmachtgebers gebunden war, kommt neben seinem guten Glauben auch derjenige des Vertretenen in Betracht. Erfolgt der Erwerb durch Mittelspersonen, die nicht als Vertreter handeln, so liegt nicht ein einziger, sondern mehrfacher Erwerb vor. Ist der Mittelsmann gutgläubig, so erwirbt er das Recht; ist er bösgläubig, so kommt es nur auf den guten Glauben des Nachmannes an[56]).

II. Teil:

Übertragung der Hypothek.

Einigung, Eintragung, Abtretungserklärung und Briefübergabe.

Entsprechend ihrer Zweckbestimmung und ihrer Rechtsnatur ist auch die Übertragung der verschiedenen Grundpfandrechte verschieden geregelt. Die Buchhypothek, sei es die Sicherungs- oder die Verkehrshypothek, wird ihrem strengeren Charakter gemäß durch Einigung und Eintragung übertragen. (§§ 1154 Abs. 2, 873 BGB.) In gleicher Weise kann auch die Briefhypothek übertragen werden. Das Gesetz gewährt aber auch noch eine andere einfachere, der Verkehrsfähigkeit der Hypothek entgegenkommendere Art der Übertragung: die Erteilung der schriftlichen Abtretungserklärung, die entweder privatschriftlich oder in öffentlich beglaubigter Form erfolgen kann (§§ 1153, 1154 BGB.). Hinzu kommt als weiteres wesentliches Erfordernis bei der Briefhypothek die Übergabe des Briefes; denn nur der Besitzer des Briefes ist zur Geltendmachung der Hypothek berechtigt. (§§ 1160 BGB., 837 ZPO.).

An dieser Stelle meist wird die Frage gestellt und beantwortet, ob der alte Gläubiger Eigenbesitz gehabt haben müsse oder

[56]) Gieseke S. 48.

ob Fremdbesitz genüge. Sie greift schon tief in das Gebiet des Vertrauensschutzes hinein. Der Eigenbesitz erfordert nämlich weder die materielle Berechtigung des Gläubigers noch seinen Glauben daran; es genügt vielmehr, sein nach außen in die Erscheinung tretender Wille, als Eigentümer zu besitzen. Trotzdem mag diese Frage schon hier unter den allgemeinen Voraussetzungen der Hypothekenübertragung gestreift werden, da sie m. E. keine Voraussetzung des Hypothekenübergangs ist, sondern nur ein Kriterium dafür, ob ein Berechtigter die Verfügung vornahm oder ob infolge der Verfügung eines Nichtberechtigten die Anwendbarkeit der Grundsätze über den Vertrauensschutz zu prüfen ist. Unter Berufung auf § 952 Abs. 2 BGB. wird allgemein Eigenbesitz verlangt[57]) mit der Erwägung, daß der Erwerber der Hypothekenforderung auch zugleich das Eigentum am Hypothekenbrief erlange und nur der den Rechtsschein, „das Kleid, in dem das materielle Recht im Verkehr erscheine“[58]) für sich habe, der wie ein Eigentümer besitze. Dadurch aber, daß man vom „Rechtsschein“ spricht, begibt man sich bereits auf das Gebiet des gutgläubigen Erwerbes und verschiebt damit die Fragestellung vom Allgemeinen ins Besondere, von der Voraussetzung zur Rechtsfolge. Tritt der nichtberechtigt Verfügende dem neuen Gläubiger nicht als Gläubiger, d. h. als Eigentümer des Briefes gegenüber, so wird damit seine Nichtberechtigung dem neuen Gläubiger gegenüber offenbar, und damit wird der gutgläubige Erwerb unmöglich.

Weit wichtiger als die Frage nach dem Eigen- oder Fremdbesitz ist m. E. die Frage nach der Anwendbarkeit der Vorschriften über die Übergabesurrogate, nämlich die Frage, ob die Verschaffung des mittelbaren Besitzes eine wirksame Übergabe darstelle.

Hachenburg[59]) verneint diese Frage, ohne allerdings eine Begründung dafür zu geben. Die herrschende Meinung[60]) dagegen erklärt sich für die Zulassung des mittelbaren Besitzes, weil jeder Besitz genügen müsse, der durch eine im § 1117 BGB. angeführte Art der Übertragung begründet werde.

Mündheim[61]) hält diese Ansicht für richtig, versucht ihr aber noch eine weitere Stütze zu geben. Er geht davon aus, daß das Gesetz nicht rein subjektiv verlange, daß der Erwerber im Vertrauen auf das Grundbuch erworben habe, sondern lediglich in Unkenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs, gleichgültig, ob er den Inhalt des Grundbuchs kannte oder nicht. Diesen Grundsatz,

[57]) Staudinger § 1155 Anm. I 2 und die dort Angeführten.
[58]) Mündheim S. 2.
[59]) Hachenburg, Vorträge S. 591. Nach Mündheim S. 3 sind der gleichen Ansicht Wellsbacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände 1906 S. 11 und Leist, Privatrecht und Kapitalismus im 19. Jahrhundert S. 87, deren Werke mir nicht zugänglich waren.
[60]) Biermann § 1155 Anm. 1 d, und die dort Angeführten.
[61]) Mündheim S. 4.

meint er, müsse man auch bei den Besitzfragen anwenden: es sei für den Erwerber die Legitimation durch mittelbaren oder unmittelbaren Besitz vollkommen gleichwertig, es genüge bei beiden, daß sie objektiv vorhanden seien.

Diese Anwendung der allgemeinen Regeln über den Vertrauensschutz auf die Besitzfragen beim Erwerb der Briefhypothek ist m. E. nicht möglich und auch von Mündheim nicht konsequent durchgeführt. Er verneint beim gutgläubigen Erwerb die rein subjektive Einstellung und stellt ganz richtig ein objektives Erfordernis, nämlich die Unrichtigkeit, und ein subjektives Erfordernis, nämlich die Unkenntnis fest. Bei der Prüfung der Besitzfragen schaltet er aber jedes subjektive Moment aus. „Die Legitimation durch mittelbaren oder unmittelbaren Besitz ist durchaus gleichwertig, es genügt bei beiden, daß sie zur Zeit des Erwerbs objektiv vorhanden waren. Der Erwerber braucht sie garnicht gesehen, geschweige denn festgestellt zu haben“[62]). In diesem Punkte fehlt es an der Parallelität. Der Grund dafür ist der, daß es beim gutgläubigen Erwerb nur ein „entweder—oder“ gibt, entweder gutgläubig oder bösgläubig, während man bei der Frage nach den Besitzarten zu einer zweifachen Möglichkeit, sei es unmittelbarer, sei es mittelbarer, Besitz kommt.

Durchaus zutreffend sind dagegen die Ausführungen Mündheims über die praktische Durchführung und die praktischen Folgen der von ihm vertretenen Auffassung[63]), die sich aus dem Gesetz ergeben und daher die beste Begründung für die Zulassung der Übergabesurrogate geben. Sie zerstreuen auch gleichzeitig alle Bedenken, die sich aus der mit der Abtretung des Herausgabeanspruches verbundenen Doppellegitimation des Zedenten ergeben. Das Gesetz selbst weist den Grundbuchrichter an, eine Eintragung über eine Briefhypothek nur dann zu vollziehen, wenn der Hypothekenbrief gleichzeitig vorgelegt wird (§ 42 GBO.) — eine Kontrolle von Grundbuchwegen aus. Und weiter ist dem Hypothekenschuldner aus Sicherungsgründen das Recht gegeben, bei Kündigung, Zahlung usw. sich durch Vorlage des Hypothekenbriefes den Berechtigungsnachweis führen zu lassen. (§ 1160 BGB.).

Läßt man allgemein die Übergabesurrogate des bürgerlichen Gesetzbuchs für die Übergabe des Hypothekenbriefes zu, so erhebt sich die Frage nach der Vollendung des gutgläubigen Erwerbs. Hachenburg[64]) hält die Bestimmungen der §§ 933, 934 BGB. für anwendbar, läßt also den Zeitpunkt entscheiden, in dem der Hypothekengläubiger den Brief wirklich in die Hand bekommt. Zur Begründung führt er an, es komme auf das Vorliegen des ge-

[62]) Mündheim S. 5.
[63]) Mündheim S. 6 und 7.
[64]) Hachenberg S. 591.

samten Tatbestandes an, an den das Gesetz den Erwerb der Hypothek knüpfe. M. E. würde man den gutgläubigen Erwerb der Hypothek, den doch § 1155 BGB. gerade ermöglichen will, vollkommen illusorisch machen, wollte man den Zeitpunkt, in dem der gute Glaube vorhanden sein muß, bis zur tatsächlichen Besitzergreifung hinausschieben. Würde man hier die §§ 933, 934 anwenden, so würde ein gutgläubiger Erwerb in vielen Fällen überhaupt ausgeschlossen sein, die Rechtslage wäre unsicher und unübersichtlich. Der vorsichtige Hypothekenerwerber würde immer wieder auf Eintragung drängen und damit wäre der Zweck des § 1155 BGB., die Verkehrsfähigkeit der Hypothek zu erhöhen, in sein Gegenteil verkehrt.

Zum gleichen Ergebnis kommt Predari[65]), indem er Hachenburg mit seinem eigenen Argument, es komme auf das Vorliegen des gesetzlichen Tatbestandes an, schlägt. Nach der Ansicht von Predari erheischt dieser Tatbestand nicht die Übergabe des Briefes, er begnügt sich vielmehr mit ihrem Ersatz in Gestalt des Konstituts, der Abtretung des Herausgabeanspruchs und der Vereinbarung nach § 1117 BGB.[66]).

Die Urkunden des § 1155 BGB.

Da die Übertragung der Briefhypothek sich lediglich durch schriftliche Abtretungserklärung und Übergabe des Briefes, also außerhalb des Grundbuchs vollziehen kann, wird der wirkliche Hypothekengläubiger oft nicht aus dem Grundbuch ersichtlich und damit das Grundbuch unrichtig sein. Nach den Grundsätzen des Vertrauensschutzes würde in diesem Falle der eingetragene Nichthypothekengläubiger redlichen Erwerbern gegenüber als Hypothekar gelten. Bei mehrfacher Abtretung würde der neue Hypothekengläubiger sich demnach nur darauf verlassen können, daß die eingetragenen Hypothekengläubiger wirklich Hypothekengläubiger waren, nicht aber darauf, daß die nichteingetragenen Nachmänner Hypothekengläubiger geworden sind; denn wenn auch nur eine Abtretung nichtig war, ist jede folgende als Verfügung eines Nichtberechtigten unwirksam. Die Folge wäre die, daß jeder vorsichtige Hypothekengläubiger die Eintragung seines Vormannes ins Grundbuch und ebenso seine eigene Eintragung verlangen müßte. Damit würde der Hauptvorteil der Briefhypothek, die Umlaufsfähigkeit des Briefes, entfallen.

Diesen Übelständen hilft der § 1155 BGB. ab. Er stellt den nicht im Grundbuch eingetragenen, im Besitz des Hypothekenbriefs befindlichen Hypothekengläubiger dem eingetragenen Hypothekengläubiger gleich, wenn sein Gläubigerrecht aus einer zusammenhängenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungs-

[65]) Predari S. 150.
[66]) Biermann § 892 Anm. 8 c.

erklärungen hervorgeht, die auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführt. Diese Urkunden bilden aber keine neue Erkenntnisquelle außerhalb des Grundbuchs. Der kraft § 1155 BGB. legitimierte Hypothekengläubiger kann sich ebenso wie der eingetragene Hypothekengläubiger auf das Grundbuch berufen; oft muß er sich auf das Grundbuch beziehen, weil der Mangel, an dessen Heilung ihm liegt, nur durch den Inhalt des Grundbuchs gedeckt wird. „Neu ist vielmehr nur die Bestimmung, daß die fortlaufende Kette scheinbar rechtsbeständiger Übertragungsakte als Erkenntnisquelle für die aus dem Grundbuch nicht ersichtliche Aktivlegitimation gelten soll und daß infolgedessen die Interessenten gegen Mängel geschützt sind, soweit nach dieser Richtung der Inhalt der Urkunden reicht“[67]). Die Urkunde schützt gegen Einwendungen wie die, eine der Zwischenabtretungen sei nichtig oder später wieder vertraglich aufgehoben. Der übrige Inhalt der Urkunde bietet keine Sicherheit; hier ist der Erwerber wiederum auf das Grundbuch angewiesen.

Zusammenhängende Kette von Abtretungserklärungen.

Voraussetzung für die Gewährung des Schutzes aus § 1155 BGB. ist zunächst das Vorhandensein einer zusammenhängenden Kette von Abtretungserklärungen, die auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführt.

Der im § 1155 BGB. gebrauchte Ausdruck „Kette“ hat dazu geführt, daß als legitimiert erst der zweite Erwerber nach dem eingetragenen Hypothekengläubiger angesehen wurde. Wenn der im Grundbuch eingetragene A an B und B an C abtritt, dann soll erst C gemäß § 1155 BGB. legitimiert sein[68]). Fuchs meint, der Erwerb des B sei durch § 892 BGB. gedeckt. Das ist richtig; aber aus § 892 BGB. folgt nicht seine Legitimation zur Weiterübertragung. Wäre tatsächlich B nicht legitimiert, dann würde jeder vorsichtige Hypothekengläubiger, der sich in der Stellung des B befindet, auf Eintragung drängen. Zum mindesten aber würde C die Eintragung des B verlangen; denn da B nicht legitimiert ist, ist von ihm ein gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen. Und ebenso würde der D, an den C die Hypothek abtritt, auf Eintragung des C drängen, da wiederum C nach der Ansicht von Fuchs nicht legitimiert sein würde. Damit würde aber der Hypothekenverkehr außerhalb des Grundbuchs, den § 1155 BGB. gerade fördern will, unmöglich gemacht. Der § 1155 BGB. muß daher auch dann zur Anwendung kommen, wenn nicht eine Kette von Abtretungen, also mindestens zwei Abtretungen vorhanden sind. Es genügt das Vorhandensein lediglich einer Abtretung[69]).

[67]) Ramdohr GruchBeitr. 44 371-72.

[68]) Fuchs § 1155 Nr. 3.

[69]) Wolff § 142 VIII 1a Anm. 16 S. 520, Sawitz S. 11, Mündheim S. 11 ff, RG. 86 WZR, 93 44.

Die Kette muß auf einen „eingetragenen Gläubiger“ zurückführen. Auf Grund der Fassung des Gesetzes könnte man annehmen, daß sie an jeden eingetragenen Gläubiger anknüpfen könne. Damit würde man aber zu unhaltbaren Ergebnissen kommen. B hat die eingetragene Hypothek von A durch Eintragung und Übergabe des Briefes erworben. Er tritt die Hypothek zunächst durch Eintragung und Besitzkonstitut an C ab, darauf durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung und Briefübergabe an D. Wenn man annehmen würde, die Kette könne an jeden eingetragenen Gläubiger anknüpfen, dann müßte man den D zugunsten des gutgläubig von ihm erwerbenden E als legitimiert betrachten. Das ist aber unmöglich. Mündheim [70]) meint, ein Blick ins Grundbuch zeige, daß D nicht Gläubiger geworden sei. Er könne auch niemals seine Eintragung ins Grundbuch erreichen, da seine Abtretungserklärung von B, und nicht von dem in seinen Rechten betroffenen C herrühre. Damit trifft er aber m. E. den Kernpunkt nicht. Erwirbt ein Hypothekengläubiger öffentlich beglaubigt auf Grund einer nichtigen Abtretung, so kann er selbst auch nicht eingetragen werden, da er nicht Gläubiger geworden ist. Und doch ist er zugunsten des gutgläubig erwerbenden Nachmannes legitimiert. In dem gewählten Beispiel ist D nicht deshalb nicht legitimiert, weil er nicht Gläubiger geworden ist, sondern weil die Tatsache, daß er nicht Gläubiger geworden ist, aus dem Grundbuch und dem Brief für jeden ersichtlich ist. Was aber im Grundbuch eingetragen steht, muß auch der Briefbesitzer gegen sich gelten lassen. (§ 1140 BGB.).

Nußbaum [71]) versteht unter dem eingetragenden Gläubiger den letzteingetragenen Gläubiger, und Mündheim [72]) meint, die Ansicht Nußbaums decke sich mit seiner Ansicht. Wenn man nur das oben gegebene Beispiel insofern abändert, daß zunächst die Abtretung durch schriftliche Abtretungserklärung und Übergabe des Briefes vor sich geht, und dann die Abtretung durch Eintragung und Besitzkonstitut erfolgt, so müßte nach Nußbaum der D nicht legitimiert sein, weil die Kette auf B, nicht auf den letzteingetragenen C hinunterreicht. In Wirklichkeit ist aber in diesem Falle D nicht nur legitimiert, er hat sogar das volle Gläubigerrecht erhalten, da er rechtsgültig von B erworben hat.

M. E. ist der Inhalt des Gesetzes wieder so aufzufassen, als ob die Kette an jeden eingetragenen Gläubiger anknüpfen könne, noch so, als ob sie auf den letzteingetragenen Gläubiger zurückführen müsse. Es muß vielmehr von Fall zu Fall geprüft werden, zunächst, ob der erste der öffentlich beglaubigt erwerbenden Hypotheken-

[70]) Mündheim S. 13.
[71]) Nußbaum, Deutsches Hypothekenrecht S. 131 nach der Angabe von Mündheim S. 14. Das Buch selbst war mir nicht zugänglich.
[72]) Mündheim S. 14.

gläubiger wirklich Hypothekengläubiger geworden ist. Ist das zu bejahen, so ist er nicht nur legitimiert, sondern voll berechtigt, und die Anwendung des § 1155 BGB. scheidet aus. Ist er kein Hypothekengläubiger geworden, so kommt es darauf an, ob es sich um einen erkennbaren Widerspruch zwischen dem Grundbuch und dem Hypothekenbrief handelt; und damit kommen die allgemeinen Vorschriften zur Anwendung.

Öffentliche Beglaubigung.

Die Abtretungserklärung muß, um den Schutz des § 1155 BGB. zu genießen, öffentlich beglaubigt sein. (§ 129 BGB.). Man wollte durch die öffentliche Beglaubigung zugunsten des Berechtigten eine Vertrauensgrundlage schaffen[73]); denn der Berechtigte ist durch die Tatsache, daß erst tatsächliche Kenntnis, nicht schon grobfahrlässige Unkenntnis dem Erwerber schadet, in dauernder Gefahr. Ob damit allerdings ein genügend wirksamer Schutz geschaffen ist, ist recht zweifelhaft, da durch die öffentliche Beglaubigung nur die Echtheit der Unterschrift festgestellt wird. Der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung steht die öffentlich beurkundete Abtretungserklärung gleich. Wird eine Ausfertigung, ohne daß eine Urschrift vorhanden ist, hergestellt und in den Verkehr gebracht, so handelt es sich um eine echte Urkunde, der der Verkehr trauen darf, wenn sie nur den Schein echter Urkunden hervorruft[74]). Auch die öffentlich beglaubigte Abschrift der Ausfertigung wird vielfach im außergrundbuchlichen Hypothekenverkehr verwandt. Sie ist aber der Ausfertigung nicht gleichwertig, da sie nicht wie die Ausfertigung die Urschrift im Verkehr ersetzen, sondern nur das Vorhandensein der Ausfertigung beweisen soll[75]).

Fraglich ist, ob bei der Aufeinanderfolge mehrerer Abtretungserklärungen jedem der Zwischenzessionare der Brief übergeben sein muß, damit der letzte Gläubiger legitimiert wird. Das ist zu verneinen mit Boyens[76]), der aber mit Unrecht meint, das Reichsgericht[77]) sei anderer Ansicht. Das Reichsgericht behandelt die Frage, ob der letzte Gläubiger ohne Briefübergabe berechtigt sei, was allerdings mit dem Reichsgericht zu verneinen ist.

Da die Gültigkeit der Abtretung nicht von der öffentlichen Beglaubigung abhängt, werden sich oft zwischen den öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen auch privatschriftliche Abtretungserklärungen finden. Ist die zugunsten des letzten Erwerbers der Hypothek ausgestellte Abtretungserklärung privat-

[73]) Prot. III S. 657.
[74]) Wolff § 142 Anm. 17, RGZ. 93 44.
[75]) Mündheim S. 17.
[76]) Boyens DJZ. 1916 123.
[77]) RG in GruchBeitr. 60 324.
[78]) Biermann § 1155 Anm. 3.

schriftlich, so schadet das dem letzten Erwerber nicht[78]). Der vorletzte Hypothekengläubiger war durch die öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung zur Übertragung der Hypothek legitimiert, und der letzte Hypothekengläubiger wird, da der Erwerb auch durch privatschriftliche Abtretungserklärung und Übergabe des Briefes erfolgen kann, voll berechtigt[79]).

Die Ansichten gehen dagegen auseinander, wenn nach der privatschriftlichen Abtretungserklärung weiter öffentlich beglaubigt abgetreten wird, so wenn der im Grundbuch eingetragene A öffentlich beglaubigt an B, B ebenso an C, C privatschriftlich an D und D öffentlich beglaubigt an E abtritt. War die unbeglaubigte Zession nichtig oder bestand gegen den unbeglaubigt Abtretenden eine nicht aus dem Grundbuch ersichtliche Einrede des Eigentümers, so kann das nach allgemeiner Meinung jedem der Nachmänner entgegengehalten werden[80]). Dem E wird also zwar dafür garantiert, daß C Gläubiger der Hypothek gewesen ist, nicht aber dafür, daß auch D Gläubiger war[81]). Das gleiche gilt dann, wenn ein anderes Ereignis, etwa ein Erbfall, die Kette unterbricht: D ist Erbe des C oder ein Erbschaftsbesitzer mit Erbschein. Uneinigkeit in der Literatur entsteht erst in dem Falle, daß die unbeglaubigte Zession gültig, der Erbfall eingetreten ist und der Erbschaftsbesitzer gültig abgetreten hat. Nach der Ansicht von Wolff[82]) fallen die nun folgenden öffentlich beglaubigten (gültigen oder nichtigen) Abtretungserklärungen unter den § 1155 BGB. in dem Sinne, daß der letzte der nun beginnenden Reihe, wenn er den Brief besitzt, wirksam über die Hypothek verfügen, der Grundeigentümer ihm mit befreiender Kraft die fällige Schuld bezahlen kann. Wolff verweist zur Begründung auf Art. 36 WO.[83]): Die zusammenhängende Reihe von Indossamenten könne ohne Schaden durch eine außerwechselrechtliche Nachfolge (Erbgang, Zession) unterbrochen sein; nur müsse diese Rechtsnachfolge als gültig feststehen. Nur dem Grundbuchamt gegenüber sei der Briefbesitzer in einem solchen Falle nicht genügend legitimiert im Sinne des § 40 Abs. 2 GBO. Ebenso könne der Eigentümer, gegen den der Briefbesitzer durch Kündigung oder Erhebung der Hypothekenklage die Hypothek verfolgen wolle, dieser Rechtsausübung widersprechen, bis ihm die volle Legitimation nach § 1155 BGB. dargetan sei. (§ 1160 BGB.).

Auch bei der Beurteilung der Wirkung nachträglicher Beglaubigung einer privatschriftlichen Abtretungserklärung gehen die Ansichten auseinander. Hachenburg[84]) legt ihr über-

[79]) Sawitz S. 123.
[80]) Ramdohr GruchBeitr. 44 372.
[81]) Biermann § 1155 Anm. 4.
[82]) Wolff § 142 Anm. 25, 26, Ramdohr GruchBeitr. 44 372.
[83]) Wolff § 142 3 Anm. 25, 26 unter Hinweis auf Staub-Stranz 12. Aufl. Art 36 Anm. 14.
[84]) Hachenburg Beiträge S. 107.

haupt keine Wirkung bei, weil im Augenblick des Erwerbes die Voraussetzungen des § 1155 BGB. nicht vorgelegen hätten. Nach anderer Ansicht[85]) tritt die Wirkung des § 1155 BGB. ein, falls im Zeitpunkt der Nachholung der Beglaubigung der Erwerber noch im guten Glauben an das Recht des Hypothekengläubigers ist, der nur durch privatschriftliche Abtretungserklärung erwarb. Sawitz[86]) versucht dieses Ergebnis mit der analogen Anwendung des § 185 BGB. zu rechtfertigen. Er meint, wie in § 185 BGB. die Verfügung eines Nichtberechtigten durch den nachträglichen Erwerb des Gegenstandes voll wirksam werde, so werde hier die Legitimation des durch privatschriftliche Abtretung erwerbenden Hypothekengläubigers erzeugt. Er verkennt zwar den Unterschied nicht, der darin liegt, daß nach § 185 BGB. der Nichtberechtigte eine andere Rechtsstellung, nämlich die des Berechtigten erlangt, während bei nachträglicher Beglaubigung die Rechtsstellung des privatschriftlich erwerbenden Gläubigers nicht verändert wird; denn bei der Zahlung durch den Eigentümer kann z. B. die einmal erloschene Hypothek nicht wieder aufleben. Aber nach seiner Ansicht handelt es sich hier auch nicht um die Berechtigung, sondern lediglich um die Legitimation. Wie im Falle des § 185 BGB. nachträglich das Recht des Verfügenden erzeugt werde, werde hier nachträglich die Legitimation erzeugt, und man müsse dieser nachträglichen Legitimation die gleiche Wirkung zuschreiben, wie der nachträglich eingetretenen Berechtigung.

Das Bedenken, das Sawitz selbst bemerkt, verbietet m. E. die analoge Anwendung des § 185 BGB. Nach § 185 BGB. wird nachträglich die gesamte Rechtsstellung des Nichtberechtigten verändert, durch die nachträgliche Beglaubigung dagegen wird die Rechtsstellung des privatschriftlich erwerbenden Gläubigers überhaupt nicht berührt. Zudem erscheint es sehr zweifelhaft, ob man eine Vorschrift des Rechtserwerbes auf dem Gebiete des Rechtsscheins, das doch in seinen Voraussetzungen genau umrissen ist, zur analogen Anwendung bringen kann.

Man kommt aber ebenso zu unhaltbaren Ergebnissen, wenn man der nachträglichen Beglaubigung jede Wirkung versagt; denn dann würde es darauf ankommen, ob die Beglaubigung vor oder nach der letzten Abtretung nachgeholt wurde. Daß das Gesetz diesen durch nichts gerechtfertigten Unterschied machen wollte, läßt sich nicht feststellen. Es ist zwar richtig, daß in der Person des Gläubigers, der durch privatschriftliche Abtretung erwarb, die Voraussetzungen des § 1155 BGB. zur Zeit des Erwerbes nicht vorgelegen haben, weil er nur privatschriftlich erwarb, und daß sie auch bei der späteren Beglaubigung nicht vorhanden waren, weil er nicht mehr im Besitz des Briefes war. Aber aus diesem

[85]) Planck § 1155 Nr. 2 b a, Wolff § 142, Biermann § 1155 Anm. 1.
[86]) Sawitz S. 125.

Grunde der nachträglichen Beglaubigung jede Wirkung abzusprechen, ist doch wohl, vor allem unter Berücksichtigung der praktischen Ergebnisse, nur formalistisch und wird den Anforderungen des Verkehrs nicht gerecht.

Ob die Abtretungserklärung von einem Geschäftsunfähigen ausgestellt war oder von einem Gemeinschuldner nach Konkurseröffnung, ob sie echt oder falsch war, ist einerlei. Maßgebend ist lediglich das äußere Bild einer zusammenhängenden Reihe öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen[87]).

Gerichtlicher Überweisungsbeschluß und öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung.

Der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung sind nach § 1155 S. 2 BGB. gleichgestellt der gerichtliche Überweisungsbeschluß und das Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung.

Die gerichtliche Überweisung kann nach § 835 ZPO. zur Einziehung oder an Zahlungsstatt erfolgen. In beiden Fällen ist zwar ein gutgläubiger Erwerb auf Grund des Überweisungsbeschlusses ausgeschlossen, da es sich nicht um rechtsgeschäftlichen Erwerb sondern um Erwerb in der Zwangsvollstreckung handelt[88]). Aber dem Sinne des § 1155 BGB. entsprechend wird durch den Überweisungsbeschluß die Legitimation geschaffen, so daß der durch den Überweisungsbeschluß legitimierte Gläubiger zwar nicht selbst gutgläubig erwerben kann, wohl aber ein gutgläubiger Erwerb von ihm möglich ist.

Die Gläubigerstellung bei der Überweisung zur Einziehung und an Zahlungsstatt ist eine verschiedene in dem Sinne, daß bei der Überweisung zur Einziehung der Gläubiger nur berechtigt wird, die Forderung von dem Drittschuldner einzuziehen, ohne daß ein Gläubigerwechsel eintritt, während die Überweisung an Zahlungsstatt die Forderung des Vollstreckungsschuldners auf den Vollstreckungsgläubiger mit der Wirkung überträgt, daß der Gläubiger in Höhe der übertragenen Forderung als befriedigt gilt. (§ 835 ZPO.). Diese Verschiedenheit der Gläubigerstellung ist auch für die Anwendbarkeit des § 1155 BGB. von Bedeutung. Da § 1155 BGB. den Übergang der Hypothek auf den neuen Gläubiger also einen Gläubigerwechsel voraussetzt, kann auch nur eine Überweisung an Zahlungsstatt der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung gleichgestellt und damit die Grundlage für die Wirkungen des § 1155 BGB. sein. Diese Ansicht wird von der überwiegenden Mehrzahl der Juristen geteilt[89]). Nur Wolff[90]) ist der Ansicht,

[87]) Biermann S. 155 Anm. 1.
[88]) siehe oben S. 12.
[89]) Staudinger § 1155 Anm. V a und die dort Angeführten.
[90]) Wolff § 142 S. 521 2 a Anm. 23.

daß auch die Überweisung zur Einziehung die Wirkung des § 1155 BGB. auslöse mit Ausnahme eines Überweisungsbeschlusses bei Weiterzessionen. Er meint, wenn die fälschlich für A eingetragene Hypothek von B gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen werde, gelte B dem Grundeigentümer gegenüber als zur Einziehung legitimiert, so daß dieser ihm mit befreiender Wirkung leisten könne. Das Ergebnis, zu dem Wolff kommt, billige ich durchaus, bin aber der Ansicht, daß es nicht auf § 1155 BGB. und auf der Gleichstellung der Überweisung zur Einziehung und an Zahlungsstatt beruht. Der gutgläubige Eigentümer wird nämlich gemäß § 893 BGB. durch die Leistung an A befreit. Das gleiche muß für seine Leistung an B gelten, der die Forderung zur Einziehung übertragen erhielt; denn die Überweisung zur Einziehung ist die Ermächtigung zur Geltendmachung des fremden Forderungsrechts im eigenen Namen[91]).

Das Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung ist eine Willenserklärung des Vorgläubigers, daß die Hypothek kraft Gesetzes auf den in dem Anerkenntnis benannten Gläubiger übergegangen ist. Auch hier ist kein gutgläubiger Erwerb des kraft Gesetzes erwerbenden im Besitze des Anerkenntnisses befindlichen Gläubigers möglich, wohl aber kann von ihm als dem legitimierten Gläubiger gutgläubig erworben werden, weil die Rechtsscheinstellung des Vorgläubigers auf ihn übergegangen ist. Der Zweck der Bestimmung ist der, nun wieder den erleichterten Verkehr der Briefhypothek außerhalb des Grundbuchs einsetzen zu lassen.

Gutgläubiger Erwerb.

Auf diese sämtlichen vorgenannten vom Gesetz einzeln aufgestellten Erfordernisse für den Erwerb einer Hypothek vom Hypothekengläubiger bezieht sich nicht der gute Glaube des Erwerbers. Sie müssen vorliegen, gleichgültig, ob der Erwerber sie gekannt, ob er sie fahrlässigerweise nicht gekannt hat oder ob er ihr Fehlen überhaupt nicht erkennen konnte, — das Gesetz schreibt sie zur Gültigkeit des Hypothekenerwerbes zwingend vor. Erst dann, wenn ihr Vorliegen unzweifelhaft ist, ist bei einem Widerspruch zwischen der wirklichen Rechtslage und dem Inhalt des Grundbuchs oder des Hypothekenbriefs die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbes zu prüfen.

Unrichtigkeit des Grundbuchs.

Doppelbuchung.

Bei der Übertragung der Hypothek entsteht ebenso wie bei der Neubestellung die Frage nach ihrer Gültigkeit bei Doppel-

[91]) Mündheim S. 30.

buchung des belasteten Grundstücks. Sie ist auch hier in dem Sinne zu beantworten, daß keines der beiden Blätter die Grundlage für einen gutgläubigen Erwerb bilden kann, daß vielmehr die materielle Rechtslage zu ermitteln ist[92]).

Eine weitere Frage ist die, wie zu entscheiden ist, wenn auf irgendeine Weise, sei es durch Versehen des Grundbuchbeamten, sei es durch Fälschungen, zwei Hypothekenbriefe entstanden sind. Sawitz[93]) hält beide Hypothekenbriefe für gültig. Er meint, daß dann, wenn sich an beide eine Kette nach § 1155 BGB. anschließe, auch hier bei der endgültigen Regulierung ebenso wie beim Doppeleigentum der letzte gutgläubige Erwerb entscheide. Die beiden anderen Lösungen, daß die Briefe sich gegenseitig aufhöben oder daß der eine den Vorzug vor dem anderen habe, lassen nach seiner Ansicht in diesem Falle noch weniger befriedigende Resultate gewinnen als bei der Doppelbuchung eines Grundstücks.

Gegen diese Ansicht von Sawitz sprechen m. E. zunächst die bereits gegen seine Behandlung des Doppeleigentums geltend gemachten Bedenken[94]): er ist bei konsequenter Durchführung seines Gedankenganges gezwungen, den letzten gutgläubigen Erwerb als maßgebend zu erachten. Dadurch entsteht für den Erwerber wiederum die Ungewißheit über die Gültigkeit seines Erwerbes, da er immer nur hoffen kann, daß gerade sein Erwerb der letzte und damit geschützt sei. Gerade die Unsicherheit, die das materielle Publizitätsprinzip beseitigen will, entsteht hier von neuem und ist nicht zu beheben.

Biermann[95]) entscheidet hier anders als im Falle der Doppelbuchung eines Grundstücks. Dort[96]) meint er, müßten beide Grundbuchblätter als das Grundbuch im Sinne des bürgerlichen Gesetzbuches angesehen werden; damit werde die Rechtslage keine andere, als wenn sich die widersprechenden Eintragungen auf demselben Grundbuchblatt befunden hätten. Bei doppeltem Hypothekenbrief dagegen ist er der Ansicht, daß der eine Brief notwendig wirksam sein müsse. Sei ein zweiter Brief ausgestellt, obgleich der erste nicht unbrauchbar gemacht oder für kraftlos erklärt worden sei, so sei der zweite Brief unwirksam; sei aber der durch Ausschlußurteil für kraftlos erklärte Brief wieder zum Vorschein gekommen und verwandt worden, so sei dieser unwirksam. Die Vorschriften der §§ 891 ff BGB. könnten daher nur für den Besitzer des gültigen Briefes gelten.

---

92) siehe oben S. 14 ff.
93) Sawitz S. 123.
94) siehe oben S. 16.
95) Biermann § 1155 Anm. 2 i.
96) Biermann § 892 Anm. 2 c.

M. E. läuft diese Lehre ebenso auf die Betonung äußerlicher und rein zufälliger Unterscheidungsmerkmale hinaus wie die Ansicht von Güthe-Triebel[97]) bezüglich des Doppeleigentums. Es ist unmöglich, diese Rechtslage überhaupt zu erkennen, geschweige denn, sie in ihren rechtlichen Konsequenzen zu übersehen. Von diesen Zufälligkeiten kann der Vertrauensschutz nicht abhängig gemacht werden.

Ist für keinen der Briefe die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs gegeben,, so wird die Rechtslage dadurch zwar nicht völlig eindeutig; aber ein guter Teil der Unsicherheit ist verschwunden — und lediglich darauf kommt es an.

Rang

Die Frage nach dem Range der durch Abtretung erworbenen Rechte ergibt sich meist ohne große Schwierigkeiten aus dem Grundbuch oder aus dem Hypothekenbrief. Sie ist deswegen im allgemeinen von keiner großen Bedeutung, zumal das Gesetz die Rangfragen eingehend regelt. (§§ 879 ff BGB.). In diese verhältnismäßig einfache Materie haben aber die Aufwertungsgesetze[98]) stark und schwerwiegend eingegriffen. Zwar ist die Aufwertungsgesetzgebung jetzt abgeschlossen; aber ihre Bestimmungen gelten zum Teil heute noch, zum Teil haben sie die damals bestehenden Hypotheken in einem Maße umgewandelt, daß sie selbst sich heute wesentlich von den anderen Hypotheken abheben und nachfolgende Hypotheken in ihrer Stellung zum Grundstück beeinflussen müssen.

Aufgewertet werden Hypotheken nur, wenn das Rechtsverhältnis vor dem Inkrafttreten der III. Steuernotverordnung (also vor dem 14. Februar 1924 begründet war. Bei Änderungen des Inhalts der Hypothek (z. B. der Zahlungszeit, des Zahlungsorts, der rechtlichen Natur der Forderung) ist nicht der Tag der Änderung, sondern der der ursprünglichen Rechtsbegründung maßgebend. (§ 3 Abs. 2 AufwG.)

Es geht naturgemäß über den Rahmen dieser Arbeit hinaus, sämtliche Fragen des Aufwertungsrechts eingehend zu besprechen. Sie sollen nur gestreift werden und einzelne große Punkte werden herausgegriffen und ausführlicher besprochen werden.

Zunächst müssen angesichts des Themas der Arbeit alle die Fragen ausscheiden, die sich bei noch eingetragenen Aufwertungshypotheken ergeben. Uns interessieren nur die Fälle, in denen eine Hypothek in dem Zeitpunkt erworben wurde, als die Aufwertungshypothek bereits gelöscht war. Hier ordnet zunächst § 20 AufwG. an, daß die Wiedereintragung mit dem sich aus § 6 des Gesetzes ergebenden Rang, d. h. im Regelfall mit dem bisherigen Rang statt-

[97]) siehe oben S. 18.

[98]) Aufwertungsgesetz vom 16. Juli 1925 und das Gesetz über die Fälligkeit und Verzinsung der Aufwertungshypotheken vom 18. Juli 1930.

findet, soweit nicht die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs entgegenstehen. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs Anwendung finden, beurteilt sich nach den allgemeinen Vorschriften.

Die erste Ausnahme von § 6 AufwG. ergibt sich aus den Vorschriften der III. Steuernotverordnung. Nach ihr wurde nämlich nur in Höhe von 15% aufgewertet im Gegensatz zum Aufwertungsgesetz, das bis 25% aufwertet. Da man noch bis zum 1. Oktober 1924 mit der Aufrechterhaltung des durch die III. Steuernotverordnung festgesetzten Satzes rechnen durfte, ist es angemessen, daß der Erwerber der der aufgewerteten Hypothek im Range nachfolgenden Hypothek sich die Vorhypothek nur in dem Umfange vorgehen lassen muß, in der dies nach der III. Steuernotverordnung der Fall war, also mit 15%. Der Rest von 10% geht der neuen Hypothek nach[99]).

Es ist ferner für die Frage nach der Unrichtigkeit des Grundbuchs zwischen der Aufwertung auf Grund Vorbehalts und der Aufwertung infolge Rückwirkung zu unterscheiden.

Die Erklärung des Vorbehalts verhinderte das Erlöschen der Forderung. Wurde daher die Hypothek, nachdem der Gläubiger die Erklärung des Vorbehalts abgegeben hatte, auf Grund löschungsfähiger Quittung des Gläubigers und einer Löschungsbewilligung des Eigentümers gelöscht, so konnte infolge des Weiterbestehens der Forderung keine Eigentümergrundschuld entstehen, die den Eigentümer zur Ausstellung einer Löschungsbewilligung berechtigt hätte. Das Grundbuch war also unrichtig[99]) Erteilte nicht der Eigentümer sondern der Gläubiger die Löschungsbewilligung, so war angesichts des Vorbehalts seine Erklärung keine wirksame Aufgabe des Rechts gemäß § 875 BGB., so daß auch hier die Unrichtigkeit des Grundbuchs eintrat. War das Grundstück nach der Löschung des ersten Hypothekengläubigers A mit einer Hypothek für den gutgläubigen B belastet worden, so war die Wiedereintragung des A nur mit dem Range hinter B möglich. War B bösgläubig und wurde dem gutgläubigen C eine Hypothek bestellt, so entstanden relative Rangverhältnisse. Hier liegen die Dinge ähnlich wie nach § 881, Abs. 4 BGB. oder bei versehentlicher Löschung einer Hypothek, wenn das Versehen einem Nachhypothekar bekannt, einem anderen unbekannt war: Die Hypothek des A geht wohl dem B, nicht aber dem C vor, und da B dem C vorgeht, kann A seinen Vorrang nicht zum Schaden des C geltend machen. Daraus ergibt sich, daß die Rechte des A unter Umständen bei höherem Versteigerungserlöse geringer sind als bei niedrigerem Versteigerungserlöse[100]).

[99]) Quassowski Bem. III A 1 zu § 16, ferner § 20 II A 1, Wolff § 153 b Anm. V 6, Hagelberg in Heinitz-Festschrift S. 153 f.

[100]) Wolff § 153 V 6 a Anm. 38, III 4 Anm. 10, § 41 Anm. 17, § 42 Anm. 10, Mügel S. 465 ff.

	Verst.-Erl.	Verst.-Erl.
	30 000	40 000
A 20 000 AufwH.	20 000	10 000
B 30 000	10 000	20 000
C 10 000	—	10 000

Liegt Unrichtigkeit des Grundbuchs vor, so kommt es entscheidend auf die Kenntnis des eine neue Belastung des Grundstücks bestellenden Gläubigers an. Es fragt sich aber, ob zu der den guten Glauben ausschließenden Kenntnis schon die Kenntnis der Tatsache genügt oder ob auch die Rechtskenntnis erforderlich ist, daß die Erklärung des Vorbehalts das Fortbestehen bedingt hat, kurz, ob der Erwerber Kenntnis von der Aufwertung gehabt hat[101]). Mügel[102]) hält die Kenntnis des Vorbehalts für ausreichend, Schlegelberger-Harmening[103]) dagegen stellen darauf ab, ob der Erwerber die Unrichtigkeit gekannt habe; dazu gehört nach ihrer Ansicht, daß der Erwerber sowohl gewußt habe, daß ein Vorbehalt gemacht und wann die Zahlung der Vorhypothek angenommen sei, sowie ferner, daß aus diesem Grunde die Hypothek noch fortbestanden habe und nicht hätte gelöscht werden dürfen.

Diese Frage ist nur unter Berücksichtigung der gesamten Entwicklung der Aufwertungsgesetzgebung und Aufwertungsrechtsprechung zu beantworten. Eine Kenntnis von der Aufwertung kommt nicht in Frage vor der Entscheidung des Reichsgerichts vom 28. November 1923[104]). Allgemein bekannt wurden die Voraussetzungen durch die Entscheidungen des Kammergerichts vom 18 .Februar 1924[105]), 18. September und 2. Oktober 1924[106]), so daß von dieser Zeit ab die Kenntnis des Vorbehalts regelmäßig der Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs gleichgestellt werden muß. Für die Zwischenzeit ist von Fall zu Fall zu entscheiden, doch muß man in der Regel die Kenntnis der Unrichtigkeit wohl verneinen.

Aber auch für die Zeit nach Bekanntwerden der Aufwertungsgrundsätze, also seit 1924 genügt nicht ohne weiteres die Kenntnis der den Vorbehalt begründenden Tatsachen, z. B. die Annahme und Erteilung der Quittung über eine erfolgte Zahlung als „Papiermarkzahlung". Es muß feststehen, daß der Erwerber die den Vorbehalt begründenden Tatsachen in richtiger Weise gewürdigt hat[107]). Rechtsirrtum schließt den guten Glauben nicht aus, nicht

---

101) Quassowski § 20 Anm. II A 1 S. 242.
102) Mügel § 20 Anm. 4.
103) Schlegelberger-Harmening § 20 Anm. 1, ebenso RG. JW. 1927 968.
104) Wolff § 153 b V 6 a.
105) KG. JW. 1924 544.
106) Nach Quassowski S. 242 AktZ. 1 X 363-24 und 1 X 429-24.
107) KG. 26. 11. 25 DNotV. 1926 46.

einmal verschuldete Unkenntnis[108]), ebensowenig die Erwartung, daß die Aufwertungsgesetzgebung dem Inhaber gelöschter Hypotheken größere Rechte geben werde.

Für den für die Kenntnis maßgebenden Zeitpunkt gibt § 20 Abs. 2 AufwG. noch eine von den allgemeinen Vorschriften abweichende Bestimmung. Es soll nämlich genügen, wenn zur Zeit der Stellung des Eintragungsantrages bzw. wenn der Zeitpunkt der Einigung maßgebend ist (§ 872 Abs. 2 BGB.), zur Zeit der Einigung die Löschungsbewilligung oder löschungsfähige Quittung für die Papiermarkhypothek erteilt waren oder gleichzeitig erteilt wurden. Diese Vorschrift hat auch für die Bestellung einer Hypothek eine nicht zu unterschätzende Bedeutung, weil der Gläubiger die Löschungsunterlagen nicht zu kennen braucht, sondern sich auf die Erklärungen dritter Personen verlassen kann[109]).

Ist überhaupt kein Vorbehalt erklärt — das ist aber nur vor dem 15. Juni 1922 von Bedeutung[110]) — so ist infolge des Erlöschens der Forderung der Gläubiger nach § 875 BGB., der Eigentümer als Inhaber der entstandenen Eigentümergrundschuld zur Erteilung der Löschungsbewilligung berechtigt. In beiden Fällen ist das Grundbuch nicht unrichtig.

Das Grundbuch ist ferner auch dann nicht unrichtig, wenn der Vorbehalt sich nur auf die Leistung, nicht dagegen auch auf die Löschungsbewilligung bezog, da dann eine wirksame Aufgabeerklärung vorlag und die Hypothek mit Recht gelöscht war.

Solange das Grundbuch richtig war, kann ein Schutz des gutgläubigen Erwerbers nicht in Frage kommen. Dem Gläubiger, der in der Zeit zwischen der Löschung des Rechts und dem Inkrafttreten des Aufwertungsgesetzes eine Hypothek an dem Grundstück erwarb, stand also das gelöschte Recht nicht entgegen, weil es durch die Löschung untergegangen war.

Es fragt sich aber, ob das aufgewertete Recht nicht gegenüber den vor dem Inkrafttreten des Aufwertungsgesetzes erworbenen Rechten ohne weiteres wirksam ist; denn nach dem Wortlaut des § 20 AufwG. müßte die Wiedereintragung mit dem bisherigen Range ausgeschlossen sein, wenn das Grundbuch unrichtig und der Erwerber in gutem Glauben war; sie müßte aber stattfinden, wenn das Grundbuch richtig war[111]) Diese Ansicht ist auch vertreten worden[111]). Siegel führt zu ihrer Begründung an, daß das Aufwertungsgesetz als wichtigste Neuerung die Gleichstellung der mit und ohne Vorbehalt geleisteten Hypothekenzahlungen bringe. Eine Differenzierung benachteilige aber

---

[108]) RG. GruchBeitr. 50 988, 991; 58 1023.
[109]) Quassowski S. 250.
[110]) Siehe unten S. 39.
[111]) KG. vom 13. 11. 26 DNotV. 27 29; nach Quassowski S. 250 auch Siegel in Münchener Neueste Nachrichten Nr. 309 vom 8. 11. 25.

im Widerspruch zu dem Zweck des Gesetzes denjenigen, der der damaligen Rechtslage entsprechend den Vorbehalt unterlassen habe.

Das Reichsgericht versucht den sich aus Siegels Ansicht ergebenden unangemessenen Konsequenzen durch Berufung auf die Aufwertung kraft Rückwirkung aus dem Wege zu gehen. § 15 AufwG. bestimmt nämlich, daß bei Annahme der Leistung in der Zeit vom 15. Juni 1922 bis zum 14. Februar 1924 auch dann eine Aufwertung stattzufinden habe, wenn der Gläubiger sich bei der Annahme der Leistung seine Rechte nicht vorbehalten habe. Aus dieser Aufwertung kraft Rückwirkung folgert das Reichsgericht, daß das Grundbuch rückwirkend wieder unrichtig geworden sei, daß aber eine Eintragung gemäß § 6 AufwG. mit dem alten Range deswegen nicht stattfinden dürfe, weil der Erwerber in jedem Falle gutgläubig gewesen sei; denn bei der Beurteilung der Gutgläubigkeit sei von der Ansicht auszugehen, die bei dem Erwerber in dem für die Kenntnis maßgebenden Zeitpunkt bestanden habe[112]).

Damit legt das Reichsgericht dem § 892 BGB. eine über seinen eigentlichen Zweck (Schutz gegen die Unrichtigkeit des Grundbuchs zu gewähren) hinausgehende Bedeutung bei und gewährleistet damit dem Erwerber unbedingt sein Recht, indem es ihn vor Änderungen einer späteren Gesetzgebung schützt. Diese Erweiterung des § 892 BGB. ist nicht möglich; sie ist aber auch nicht erforderlich. Der Erfolg, der kraft Gesetzes zugunsten desjenigen eintritt, der im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs ein Recht erworben hat, muß m. E. umsomehr eintreten, wenn das Grundbuch tatsächlich richtig war[113]).

Durch die Aufwertung kraft Rückwirkung entsteht zwar die Aufwertungshypothek rückwirkend wieder auch dann, wenn kein Vorbehalt gemacht ist. Aber diese Entstehung kann die bereits eingetretenen Rechtsfolgen nicht mehr berühren, sei es, daß der Erwerb voll gültig war, weil er auf Grund eines richtigen Grundbuchs erfolgte, sei es, daß er bei unrichtigem Grundbuch durch die Anwendung des § 892 BGB. gedeckt war[114]).

Durch die Aufwertung kraft Rückwirkung wurde mit dem Inkrafttreten des Aufwertungsgesetzes (15. Juli 1925) das Grundbuch wieder unrichtig. (§ 15 AufwG.). Damit müßte ein Erwerb nach diesem Zeitpunkt wieder unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs stehen. Hier greift aber § 22 Abs. 2 AufwG. ein, wonach der gute Glaube nur insoweit entgegensteht, als der Zeitpunkt des Erwerbes des Rechtes oder der im § 892 Abs. 2 BGB. bestimmte Zeitpunkt vor dem 1. Juli 1925 liegt.

---

[112]) RG. vom 23. 3. 27 JR. 27 Nr. 1221.

[113]) Ebenso Quassowski S. 244, Mügel S. 742, Hagelberg in der Festschrift für Heinitz S. 163.

[114]) Ebenso Mügel S. 765, Wolff § 153 b V 6.

Damit ist für die Aufwertung kraft Rückwirkung ein gutgläubiger Erwerb überhaupt ausgeschlossen: soweit der Zeitpunkt des Erwerbes v o r dem 1. Juli liegt deshalb, weil das Grundbuch nicht unrichtig war; bei einem Erwerb nach dem 1. Juli 1925 steht die ausdrückliche Vorschrift des § 22 Abs. 2 AufwG. entgegen.

Die Wirkung des Vertrauensschutzes im Aufwertungsrecht ist demnach die, daß derjenige, der in der fraglichen Zeit eine Hypothek erworben hat, das aufgewertete Recht sich nicht im Range vorgehen zu lassen braucht.

Geschützt ist auch hier nur der rechtsgeschäftliche Erwerb. Befriedigt z. B. der Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, den Gläubiger, so geht zwar die Hypothek als Eigentümergrundschuld auf ihn über (§§ 1163 Abs. 1, 1177 BGB.). Er kann aber, eben weil es sich um einen Übergang kraft Gesetzes handelt, nicht den Vorrang vor der gelöschten Hypothek für sich in Anspruch nehmen mit der Begründung, er sei gutgläubig gewesen[115]). Wird eine Höchstbetragssicherungshypothek bestellt oder eine Hypothek nur teilweise valutiert, so tritt der gute Glaube ein, soweit die Belastung als Hypothek nicht entstanden ist, nicht aber, soweit sie als Eigentümergrundschuld dem Eigentümer zusteht, da es sich bei dem Erwerbe der Eigentümergrundschuld in diesem Falle nicht um ein Verkehrsgeschäft handelt[116]).

Eine weitere Einschränkung des Vertrauensschutzes ist durch das Gesetz über die Fälligkeit und Verzinsung der Aufwertungshypotheken vom 18. Juli 1930 eingetreten. In diesem Gesetz sind die Zinssätze (§ 1 Abs. 1 S. 1) und die gesetzlichen Fälligkeitsbedingungen (§§ 1 und 3) bindend geändert. Es ist ferner dem Hypothekenschuldner nach der Kündigung der Hypothek durch den Gläubiger die Möglichkeit gegeben, bei der Aufwertungsstelle die Bewilligung einer Zahlungsfrist zu beantragen, wenn er über die Mittel zur Rückzahlung nicht verfügt und sie sich auch nicht zu angemessenen Bedingungen verschaffen kann. Die Gewährung einer solchen Zahlungsfrist, die längstens bis zum 31. Dezember 1934 bewilligt werden kann, wirkt wie eine Stundung im Zeitpunkt der Antragstellung.

Diese sämtlichen Änderungen bedürfen nicht der Eintragung. Sie wirken nach § 27 des Gesetzes gegen jeden Dritten, auch gegen den gutgläubigen Erwerber, wenn nur aus dem Grundbuch ersichtlich ist, daß es sich um ein aufgewertetes Recht handelt, auf das die Vorschriften des Aufwertungsgesetzes Anwendung finden. Wer also vor dem 1 .Januar 1935 eine aufgewertete Hypothek erwirbt, muß sich auf der Aufwertungsstelle erkundigen, ob eine Zahlungsfrist gewährt ist.

---

[115]) Quassowski S. 251.
[116]) Quassowski S. 251.

Wird dagegen nach dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 18. Juli 1930 eine von diesem Gesetz abweichende Vereinbarung zwischen dem Eigentümer und dem Hypothekengläubiger getroffen, so bedarf diese zur Wirksamkeit wiederum der Eintragung und unterliegt den allgemeinen Vorschriften über den Vertrauensschutz[117]).

Einwendungen des Schuldners.

Der Widerspruch zwischen der wirklichen Rechtslage und dem Grundbuch bzw. dem Hypothekenbrief kann auf ganz verschiedenen Tatbeständen beruhen und demgemäß kann auch die Verteidigung des mit der Klage belangten Eigentümers und Schuldners verschieden sein, und zwar nicht nur im Hinblick darauf, ob er mit der dinglichen oder mit der persönlichen Klage belangt wird, sondern auch im Rahmen der einzelnen Klagen selbst.

Da es sich um eine Kette handelt, — mindestens um den Eigentümer E, der dem Gläubiger A die Hypothek bestellt hat und B, an den sie von A abgetreten wird —, ist das Schicksal der Hypothek von ihrer Bestellung an zu prüfen, um die Rechtsstellung des letzten Erwerbers festzustellen. Dementsprechend sollen auch zunächst die Einwendungen des Hypothekenschuldners geprüft werden, die sich auf die Entstehung des Grundpfandrechts beziehen.

Im ersten Teil der Arbeit sind die Erfordernisse der Begründung des Rechts geprüft worden, und damit wurde die Stellung des Ersterwerbers festgelegt. Nunmehr soll auf den gefundenen Ergebnissen aufbauend die Stellung des von ihm erwerbenden und der ihm folgenden Gläubiger untersucht werden.

Als Entstehungstatsachen hatten wir festgelegt: die Einigung, die Eintragung und das Bestehen einer Forderung. Dementsprechend kann der Schuldner die mangelnde Einigung rügen, behaupten, daß der eingetragene Gläubiger nicht der wahre Berechtigte sei und das Vorhandensein einer Forderung leugnen, sei es, daß er Nichtvalutierung oder nachträgliches Erlöschen behauptet.

Der Eigentümer E bestellt dem Gläubiger A eine Hypothek, A tritt öffentlich beglaubigt an B, dieser ebenso an C ab und C an D. Nachträglich stellt sich heraus, daß A zur Zeit der Bestellung der Hypothek und der Abtretung geisteskrank war. B und C haben die Geisteskrankheit des A nicht gekannt, wohl aber D. Hier fehlt es an der Einigung zwischen E und A und A und B. A hat daher keine Hypothek erworben, ebensowenig B. B verfügte als Nichtberechtigter, C durfte sich aber auf das Grundbuch und

---

[117]) Mügel-Schotter § 27 mit Anmerk.

den Hypothekenbrief verlassen und erwarb nach § 892 BGB. die Hypothek, da der Rechtsschein für ihn sprach und er in gutem Glauben war[118]). Auch D erwarb die Hypothek, obwohl er die Geisteskrankheit des A kannte; denn hier kommen nicht mehr die Vorschriften über den Vertrauensschutz zur Anwendung, da in der Hand des C eine gültige Hypothek entstanden war[119]).

Läßt der Eigentümer E für A auf Grund seiner eigenen Eintragungsbewilligung eine Hypothek in Höhe von 20 000 GM. auf seinem Grundstück eintragen in der Hoffnung, A werde ihm das Geld geben, weigert A sich jedoch und überträgt E die Hypothek durch Einigung, öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung und Übergabe des Briefes weiter an B, dieser ebenso an C und C an D, so steht hier die Hypothek nicht dem eingetragenen Gläubiger A zu. Für B ist aber, falls er gutgläubig war, der Inhalt des Grundbuchs maßgebend, d. h. er durfte sich auf die Richtigkeit der Eintragung, das Bestehen der Hypothek für A verlassen. Gemäß § 892 BGB. gilt dann die Hypothek als bestehend.

Die Rechtslage ist ähnlich in dem oft vorkommenden Fall, daß die Hypothek auf einen neuen Geldgeber übergehen soll. A hat seine am Grundstück des E bestehende Hypothek gekündigt. Da E kein Kapital hat, ist er gezwungen, mit der Valuta eines neuen Hypothekengläubigers den A zu befriedigen. B verlangt, um sich zu sichern, daß A die Hypothek an ihn abtrete. A will die Abtretung aber ernst vornehmen, nachdem er von E die Valuta bekommen hat. Deshalb vereinbaren E und A ohne Wissen des B, daß A die Hypothek nach Erhalt der Valuta an B abtreten solle.

Durch die Bezahlung der Hypothekenforderung an A hat sich die Hypothek in eine Eigentümergrundschuld des E verwandelt. Nicht A, sondern nur E ist nunmehr zur Verfügung berechtigt. Tritt A die Hypothek an B ab, so wird B nach § 892 BGB. geschützt; er erwirbt nicht eine Grundschuld, sondern eine Hypothek. A hat zwar als Nichtberechtigter gehandelt, da er nicht mehr Hypothekengläubiger war; seine Verfügung ist aber nach § 185 BGB. durch die Zustimmung des E geheilt und daher auch im Verhältnis zwischen ihm und E voll gültig. Geschieht diese Übertragung mit Wissen des B, so erwirbt dieser eine Grundschuld, da die Übertragung des dinglichen Rechtes ohne Zweifel gewollt war. Bei dem gutgläubigen Dritterwerber entsteht kraft § 892 BGB. wieder eine Hypothek[120]) [121]).

[118]) Wolff § 137 II 3 Anm. 8 und II 1 d.

[119]) Wolff § 45 Anm. 27, Ramdohr Gruch Beitr. 44 371, SeuffA. 56 Nr. 76, RG.JW. 1932 2411.

[120]) ebenso Busch ZBl FG. 17 335.

[121]) Läßt der A sich auf die Abtretung an B gegen Zahlung des Hypothekenkapitals nicht ein, so ist zum Schutze des B folgender Weg möglich: in die Hypothekenurkunde einen Vorbehalt aufzunehmen, der den bisherigen Gläubiger zur Abtretung der Hypothek an den neuen Geldgeber ver-

Erklärt A sich mit einer Hypothekenbestellung auf Grund der Eintragungsbewilligung des Eigentümers E für ihn einverstanden, nimmt er den Brief an sich und zediert die Hypothek weiter an B, zahlt aber die Valuta nicht, so entsteht wohl eine dingliche Belastung, aber keine Hypothek, sondern eine Eigentümergrundschuld. Wird E in diesem Falle von B in Anspruch genommen, so kann er das Fehlen der Forderung wohl gegenüber der persönlichen Klage geltend machen. Er dringt mit diesem Bestreiten auch durch und erreicht die Abweisung der persönlichen Klage. Für die dingliche Klage jedoch — aber nur für die dingliche Klage — bestimmt § 1138 BGB., daß die Vorschriften der §§ 891 bis 899 BGB. für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung gelten sollen.

Eigentlich müßte B auch mit der dinglichen Klage abgewiesen werden, da keine Hypothek ohne Forderung bestehen kann. Da aber die Scheinstellung in Verbindung mit dem guten Glauben die Entstehung des dinglichen Rechts sichert, gibt das Gesetz die Ausnahmevorschrift des § 1138 BGB. Danach wird also für die dingliche Klage, ebenso wie bei mangelnder Einigung das Bestehen des dinglichen Rechts, so hier das Bestehen der Forderung bei ihrem Fehlen fingiert.

Das gilt aber nicht nur für den Fall des ursprünglichen Mangels (Nichtvalutierung, Nichtigkeit wegen Wuchers oder Verstoßes gegen die guten Sitten), sondern auch für das nachträgliche Erlöschen der Forderung durch Erlaß, Verzicht oder Zahlung. In all diesen Fällen gilt gemäß § 1138 BGB. die Forderung in Ansehung der Hypothek als bestehend, aber nur, „für die Hypothek", d. h. für die dingliche Klage.

An dieser Stelle sei zur Beleuchtung der Folgen, die sich aus dieser Gesetzestechnik ergeben, auf die Vermutung des § 891 BGB. hingewiesen, der in § 1138 BGB. ebenfalls für anwendbar erklärt ist. Entsteht im Prozeß über das Bestehen der Forderung Streit, so ist der Hypothekengläubiger des Beweises für das Bestehen der Forderung insoweit enthoben, als er die dingliche Klage erhebt. Hier hat der Eigentümer den Beweis des Nichtbestehens der Forderung zu führen. Soweit aber auch persönlich geklagt wird, muß der Gläubiger das Bestehen der Forderung im vollen Umfange beweisen; denn § 1138 BGB. erklärt den § 891 BGB. auch wiederum nur „für die Hypothek" anwendbar, d. h. für die dingliche Klage.

pflichtet. Die Rechtsgültigkeit und Eintragungsfähigkeit einer solchen Vereinbarung ist nicht unbestritten (dagegen RGRKom. § 1140 Anm. 5). Der Eigentümer kann aber dem neuen Gläubiger Vollmacht erteilen, die Zahlung für ihn zu bewirken, die Quittung von dem bisherigen Gläubiger in Empfang zu nehmen und sich für den Eigentümer den Brief aushändigen zu lassen. Gleichzeitig muß der Eigentümer die für ihn entstehende Eigentümergrundschuld als künftige dem Geldgeber übertragen und ihm gestatten, den Hypothekenbrief im eigenen Namen zu behalten. Busch ZBlFG. 17 336.

Ergibt die Beweisaufnahme nun ein non liquet, so dringt der Gläubiger mit der dinglichen Klage durch, mit der persönlichen dagegen wird er abgewiesen, d. h. praktisch, er kann seine Befriedigung aus dem Grundstück suchen, aber nicht den etwaigen Ausfall aus dem sonstigen Vermögen des Schuldners verlangen.

Das ist ein befremdliches Ergebnis, wenn man bedenkt, daß der Hypothekengläubiger, der eine Hypothek mit Forderung zu erwerben glaubt, trotz der dinglichen Sicherung vielleicht nur sehr wenig an greifbaren Werten in der Hand hat. Man hat hier auf die verschiedenste Art und Weise zu helfen versucht und insbesondere den § 409 BGB. sowohl auf die persönliche als auch auf die dingliche Klage für anwendbar erklärt, wenn z. B. der Eigentümer an den Zessionar gezahlt hatte und die Zession sich nachträglich als nichtig erwies[122]). Damit würde man aber die Grundsätze des Hypothekenrechts verändern, die Unterschiede zwischen dem Hypothekenrecht und dem Schuldrecht vollkommen verwischen und die Besonderheiten des Sachenrechts gegenüber dem Schuldrecht völlig übersehen. Man hat sich vielmehr m. E. mit dem Ergebnis abzufinden; denn so hat das Gesetz die Rechtslage gewollt: eine Sicherung, soweit sie das spezifische Sachenrecht geben kann — Befriedigung aus dem Grundstück —, Schuldrecht und damit volles Risiko des Gläubigers, soweit es sich um die Forderung gegen den persönlichen Schuldner handelt.

Mängel bei der Übertragung des Rechts.

Die Mängel können weiterhin in einem der Übertragungsakte liegen: E hat dem A gültig eine Briefhypothek bestellt, A überträgt sie durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung und Briefübergabe an B, B ebenso an C, C privatschriftlich an D. Nachträglich stellt sich heraus, daß B zur Zeit des Erwerbs und der Abtretung der Hypothek geisteskrank war. Hier ist die dingliche Belastung gültig als Hypothek entstanden, es fehlte aber infolge der Geisteskrankheit des B bei der Übertragung A an B und B an C an der Einigung. C übertrug demnach als Nichtberechtigter; D konnte gemäß § 892 BGB. das dingliche Recht erwerben. Auch die Forderung bestand in der Hand des A, sie ging auch durch das Dazwischentreten des geisteskranken B nicht unter. Da es keinen gutgläubigen Erwerb an der Forderung gibt, müßte sie bei A bleiben, die Hypothek würde auseinanderfallen: D würde dinglich, A persönlich durchdringen. Da dieses Ergebnis aber untragbar und unbillig sein würde, hat das bürgerliche Gesetzbuch die Vorschrift des § 1153 BGB. vorgesehen: Die Hypothek als das stärkere Recht reißt die Forderung mit, so daß D dinglich und persönlich gegen E durchdringt.

[122]) Böhmer Arch. Bürgerl. R. 37 205 ff.

Zum gleichen Ergebnis kommt man, wenn nicht einer der Zessionare geisteskrank war, sondern wenn z. B. die Übertragung A an B begründet wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder Drohung angefochten wird. Hier besteht der Unterschied nur darin, daß bei der Geisteskrankheit des B der gutgläubige Erwerb erst bei D einsetzt, da zwei Übertragungen mangelhaft sind, nämlich A an B und B an C. Bei der Anfechtung dagegen ist nur ein Übertragungsakt wirkungslos, nämlich A an B. Aber ebenso wie bei der Geisteskrankheit des einen Zessionars in der Kette der Gläubiger hilft hier § 892 BGB. über die mangelnde Einigung hinweg, so daß D dinglich obsiegt, und § 1153 BGB. greift bezüglich der Forderung ein, da sie bestanden hat und nicht untergegangen ist, so daß D auch mit der persönlichen Klage durchdringt.

Die beiden Fälle: Fehlen oder Wegfall der Forderung im Verhältnis des Eigentümers und des ersten Gläubigers und im Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar sind daher vollkommen verschieden in ihren rechtlichen Konsequenzen insofern, als im ersteren Fall nur die dingliche Klage, im zweiten Fall auch die persönliche Klage Erfolg hat. Auf eine kurze Formel gebracht ergibt sich folgendes: Bei einmal entstandener und nicht untergegangener, also bei bestehender Forderung obsiegt der Zessionar dinglich und persönlich, gleichgültig, wem die Forderung nach rein schuldrechtlichen Grundsätzen zustehen müßte. (§§ 892, 1153 BBG.). Bei fehlender Forderung dagegen kann nur die dingliche Klage Erfolg haben, da es einen gutgläubigen Forderungserwerb nicht gibt. (§§ 892, 1138 BGB.).

Einreden aus dem Grundgeschäft.

Das Gesetz gewährt dem Eigentümer aber nicht nur die Berufung auf die Mängel der Hypothek als solcher, sondern wegen der grundsätzlichen Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung gegenüber der dinglichen Klage auch die Geltendmachung der dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden. (§ 1137 BGB.).

Ob es sich in § 1137 BGB. um Einreden im technischen Sinne handelt, d. h. um Tatsachen, die das Bestehen der Forderung nicht berühren und dem Schuldner nur ein Leistungsverweigerungsrecht geben oder ob ganz allgemein Einwendungen gegen die Forderung gemeint sind, ist bestritten. Allgemein wird ganz streng die erstere Ansicht vertreten[123]), und es werden nur wirkliche Einreden wie die Einrede der Stundung[124]) unter § 1137 BGB. gerechnet. Das

[123]) Staudinger § 1137 Anm. 1 c und 3, Hachenburg Vorträge S. 235.

[124]) ferner die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, wenn die Hypothekenforderung durch einen gegenseitigen Vertrag begründet worden ist (§ 321 BGB.), des Zurückbehaltungsrechts (§ 273 BGB.) wegen eines Gegenanspruchs des Schuldners; der rechtskräftigen Abweisung der Klage

Reichsgericht dagegen hat auch schon die Aufrechnung, die Minderung des Kaufpreises oder die Nichtigkeit des Kaufgeschäfts bei einer Hypothek für eine Kaufpreisforderung zu den Einreden im Sinne des § 1137 BGB. gezählt[125]).

Der Unterschied der beiden Fälle zeigt sich bei ihrer Behandlung im Prozeß. Alle Einreden im technischen Sinne müssen vom Beklagten besonders vorgebracht werden, der Einwand gagegen, d. i. das Vorhandensein von Tatsachen, die das Bestehen des Anspruchs berühren, sei es, daß sie seine Entstehung verhindert oder sein Erlöschen herbeigeführt haben, ist von Amtswegen zu berücksichtigen, und zwar auch dann, wenn der Beklagte sich nicht darauf beruft, er sich aber aus dem Vorbringen des Klägers ergibt. Die Folgerung aus der ersteren Ansicht würde die sein, daß man kurz sagen könnte, die Voraussetzungen des § 1137 BGB. müssen vom Beklagten vorgebracht und bewiesen sein, während nach der Ansicht des Reichsgerichts bezüglich der Behauptungs- und Beweislast unter den Einreden des § 1137 BGB. Einreden im technischen Sinne und Einwände zu verstehen sein würden. Diese Verschiedenheit der Auslegung berührt indes die prozessuale Behandlung des Streitstoffes nicht; sie wird nur in der Begründung des Urteils zum Ausdruck kommen. Folgt man der Ansicht des Reichsgerichts, so ist die Grundlage des Urteils der § 1137 BGB., während man sonst — wie es auch oben geschehen ist [126]) — den Einwand als gegen das Gläubigerrecht des Hypothekengläubigers gerichtet ansehen und darum zulassen muß.

Ein weiterer Unterschied zwischen den beiden Fällen besteht darin, daß auf Einreden im technischen Sinne verzichtet werden kann, selbst dann, wenn sie schon vorgebracht sind, die Prozeßpartei dagegen auf Einwände, die Streitstoff geworden sind, keinen Einfluß mehr hat[127]).

Ich halte die in den angezogenen Entscheidungen entwickelte Ansicht des Reichsgerichts für bedenklich. Zwar verwendet das bürgerliche Gesetzbuch den Ausdruck „Einrede" vielfach nicht in dem technischen Sinne, sondern bezeichnet damit Einreden und Einwände. Hier ist aber m. E. der Gesetzesausdruck im technischen Sinne zu verstehen. Es bedurfte der Erwähnung des Einwandes nicht, da dieser sich gegen das Gläubigerrecht und nicht gegen die Forderung wendet.

Außer diesen Einreden kann der Eigentümer dem Hypothekengläubiger auch die dem Bürgen nach § 770 BGB. zu-

wegen der Forderung gegen den persönlichen Schuldner; der Vereinbarung, daß die Forderung nicht klagbar sein solle (RGZ. 67 390); der Verpflichtung des Gläubigers, die Forderung während einer bestimmten Zeit nicht geltend zu machen. KGJ. 53 175.

[125]) RGZ. 68 102, 91 223.

[126]) siehe oben S. 42.

[127]) Wolff § 139 III S. 505.

stehenden Einreden entgegensetzen, d. h. er kann geltend machen, daß der persönliche Schuldner berechtigt sei, das der Hypothekenbestellung zugrundeliegende Rechtsgeschäft anzufechten und daß der persönliche Schuldner sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hypothekengläubigers befreien könne.

Diese Einreden also, die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehen, kann der Eigentümer dem Hypothekengläubiger entgegensetzen. Aber sie unterliegen auch dem Rechtsverlust bei gutgläubigem Erwerb. Der Hypothekengläubiger B hat dem persönlichen Schuldner die durch die Hypothek gesicherte Forderung gestundet. Er tritt die Hypothek formgerecht an C ab. C verlangt von dem Grundstückseigentümer E Befriedigung aus dem Grundstück. Nach § 1137 BGB. darf der Eigentümer, der nicht zugleich der persönliche Schuldner ist, die dem persönlichen Schuldner zustehenden Einreden gegen die Forderung auch gegenüber dem neuen Gläubiger geltend machen. Hat dieser aber keine Kenntnis von der Einrede, so gilt § 892 BGB. auch für diese Einrede, d. h. das Grundbuch bzw. der Hypothekenbrief gilt als richtig — ist die Einrede nicht eingetragen oder auf dem Hypothekenbrief vermerkt, so ist ihre Geltendmachung gegenüber dem neuen gutgläubigen Erwerber ausgeschlossen. (§ 1138).

Die besprochenen Fälle bezogen sich auf Einwendungen, die vor der Abtretung der Hypothek entstanden waren. Es ist aber auch der Fall sehr wohl denkbar, daß eine Einwendung nach der Abtretung entsteht: Die Stundung, sei es der persönlichen Forderung oder der Hypothekenforderung, wird nach der Abtretung gewährt in einem Augenblick, als der persönliche Schuldner bzw. der Eigentümer von der Abtretung noch keine Kenntnis hatten. Hier versagen die Schutzvorschriften des Hypothekenrechts, da das zu sichernde Geschäft zur Zeit der Entstehung der Einwendung bereits vorüber war. Schutz könnten lediglich die Vorschriften der §§ 406—408 BGB. bringen. Die Anwendung dieser Vorschriften aber ist laut ausdrücklicher Bestimmung ausgeschlossen (§ 1156 BGB.); es würde andernfalls zu unlösbaren Konflikten kommen. Das Gesetz normiert also hiermit eine Einschränkung des obligationenrechtlichen Schutzgedankens, nicht eine Ausdehnung des Grundbuchschutzes, es schneidet dem Eigentümer nur gewisse Behauptungen ab, die er deshalb vorzuschützen berechtigt gewesen wäre, weil sie dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustanden[128]), es nimmt also für die nachträgliche Entstehung der Einwendung der Ausnahmevorschrift des § 1137 BGB. wiederum ihre Wirkung.

Wie aber steht es mit der Vorschrift des § 405 BGB.? Der Grundstückseigentümer E wird von seinen Gläubigern bedrängt.

---

[128]) Ramdohr in GruchBeitr. 44 374.

Er bestellt deshalb seinem Freunde A eine Hypothek auf Grund einer Schuldurkunde. Beide sind darüber einig, daß ein Scheingeschäft vorliegt. Der gänzlich mittellose A tritt die Hypothek in öffentlich beglaubigter Form an den gutgläubigen B ab, B privatschriftlich an C, der den Sachverhalt kennt.

A konnte kein dingliches Recht erwerben, da die Einigung fehlte, der gutgläubige B aber hat die Hypothek gemäß § 892, 1138 BGB. erworben. Auch eine Forderung hat A nicht erworben, da ein Scheingeschäft vorliegt; er konnte auch an B keine Forderung übertragen, war also Nichtberechtigter. Da aber E eine Schuldurkunde ausgestellt hat, kann er sich nach § 405 BGB. dem neuen Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen, daß ein Scheingeschäft vorliegt: B erwirbt mithin auch die Forderung. Er müßte also mit der dinglichen u n d der persönlichen Klage durchdringen.

Der Unterschied zwischen der Vorschrift des § 1138 BGB. und der des § 405 BGB. besteht darin, daß § 1138 nur das Fundament für die dingliche Klage darstellt, während § 405 die persönliche Forderung wirklich schafft; andererseits entsteht nach § 1138 durch die Scheinstellung des Hypothekengläubigers in Verbindung mit dem guten Glauben des Erwerbers das Recht; § 405 dagegen zwingt den Richter, Tatsachen, die die Entstehung des Rechts verhindern oder seine Geltendmachung hemmen, nicht zu berücksichtigen.

Die privatschriftliche Abtretung an den letzten Gläubiger beeinträchtigt dessen Erwerb nicht, ebensowenig seine Kenntnis des Sachverhalts[129]). Das dingliche Recht ist in der Hand des gutgläubigen B entstanden und geht auch bei der Abtretung an einen Bösgläubigen nicht wieder unter, und eine einmal nach § 405 BGB. entstandene Forderung erlischt nicht durch Abtretung an einen Dritten, der den Sachverhalt kennt.

Aber trotz des Zusammentreffens des dinglichen Rechts und der persönlichen Forderung in einer Hand, nämlich in der Hand des C, entsteht keine Hypothek, da die Hypothek das Bestehen der Forderung voraussetzte, sie aber erst später als das dingliche Recht entstanden ist. Vielmehr bestehen die dingliche und die persönliche Klage unabhängig voneinander nebeneinander. Ob allerdings C mit der persönlichen Klage durchdringen wird, ob ihm nicht vielmehr die exceptio doli entgegengesetzt werden kann, ist zweifelhaft. Die Erörterung dieser Frage kann aber unterbleiben, da sie über den Rahmen der Arbeit hinausgehen würde.

Tritt nun C die „Hypothek" mit dem Hypothekenbrief an X, die persönliche Forderung aber unter Aushändigung des Schuldscheins an Y an, so kommt es zu einem erheblichen Konflikt

---

[129]) siehe oben S. 42.

zwischen den Bestimmungen des Hypothekenrechts und denen des Forderungsrechts.

Das dingliche Recht geht ohne Zweifel auf X über; nach rein schuldrechtlichen Grundsätzen muß dagegen die persönliche Forderung auf Y übergehen. Dann würden sowohl X als auch Y gegen E durchdringen, X dinglich und Y persönlich: E wäre gezwungen, den Betrag der Hypothekenforderung zwei Mal zu zahlen: weder dem X noch dem Y gegenüber kann er sich darauf berufen, daß ein Scheingeschäft vorgelegen habe, dem X gegenüber nicht nach hypothekenrechtlichen Grundsätzen (§§ 892, 1138 BGB.) dem Y gegenüber nicht auf Grund des § 405 BGB. Das ist eine Lösung, die vielleicht auf den ersten Blick unbefriedigend erscheint. Aber sie bildet nur die konsequente Durchführung des Prinzips, daß der Rechtsschein in Verbindung mit gutem Glauben oder einem anderen gesetzlich festgelegten Tatbestande — hier die Erteilung des Schuldscheins — das Recht erzeugt. Hier entsteht doppelter Rechtsschein und damit doppeltes Recht — ein Ergebnis, das mit Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs als allein berechtigt anzusehen ist.

In gleicher Weise wie der Grundstückseigentümer die dem persönlichen Schuldner zustehenden Einreden geltend machen darf, kann er dem neuen Hypothekengläubiger solche Einreden entgegenhalten, die auf einem zwischen ihm und dem früheren Gläubiger geschlossenen Rechtsgeschäft beruhen. Hat der frühere Gläubiger B dem Eigentümer E die Auszahlung des Hypothekenkapitals gestundet und dann die Hypothek an C abgetreten, so kann E sich dem C gegenüber auf diese Stundung berufen. Hat aber C von dieser Vereinbarung keine Kenntnis gehabt, so ist wiederum kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung die Geltendmachung der Einrede ihm gegenüber ausgeschlossen. (§ 1157 BGB.) Diese Einreden[130]) des § 1157 BGB. unterscheiden sich wesentlich von denen des § 1137 BGB.: im ersteren Falle handelt es sich um eine Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem nicht persönlich haftenden Eigentümer, im letzteren Falle um die Beziehungen zwischen dem Gläubiger und dem persönlich haftenden Schuldner. Diesem Unterschiede entsprechend kann auch der persönliche Schuldner die Einreden des § 1157 BGB. nicht vorschützen.

Der Vertrauensschutz des Grundbuchs erfaßt mit dem Hauptrecht zugleich die Nebenrechte, insbesondere die Zinsen. Da das Grundbuch aber über die einzelnen Beträge, wie sie durch die Zahlungen und die Zahlungsvereinbarungen bestimmt werden, keine Auskunft erteilen kann, weil die hierzu erforderliche genaue

[130]) Hier ist der Ausdruck unbestritten im technischen Sinne gebraucht. Es handelt sich also lediglich um Leistungsverweigerungsrechte. Staudinger § 1157, Anm. 1 c.

Eintragung nicht stattfindet, hat das Gesetz eine verschiedenartige Behandlung eintreten lassen. (§§ 1158, 1159 BGB.).

Die rückständigen Zinsen, d. h. die Zinsen, die zur Zeit der Übertragung des Rechts bereits fällig waren, sind in das Schuldrecht verwiesen: ihre Übertragung findet statt wie die einfache Abtretung. Der Gläubiger erhält keine Scheinstellung, daher ist auch ein gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen. (§§ 1159 BGB.).

Zinsen, die noch nicht fällig sind, werden übertragen wie die Hypothek selbst durch schriftliche Abtretungserklärung und Vermerk auf dem Hypothekenbrief: es entsteht die Scheinstellung, und damit ist ein gutgläubiger Erwerb möglich. (§ 1158 BGB.). Lediglich für das erste Halbjahr nach der Abtretung ist nochmals eine Ausnahme geschaffen: Die Berufung auf den guten Glauben ist für diesen Zeitraum ausgeschlossen. (§ 1158 Abs. 2 BGB.).

Lebenslauf.

Ich bin der Sohn des Reichsbahn-Oberinspektors i. R. Bernhard Schroeter und seiner Ehefrau Martha geb. Pohl. Ich bin am 21. September 1902 in Lötzen (Ostpr.) geboren. Ich besuchte die Gymnasien zu Münster i. W., Posen und Magdeburg und erhielt im Frühjahr 1922 das Reifezeugnis.

Ich studierte Rechtswissenschaft vom Sommersemester 1922 bis Sommersemester 1924 in Marburg und dann in Jena. Am 27. Juni 1927 bestand ich die erste juristische Prüfung. Nach Beendigung des Vorbereitungsdienstes bin ich jetzt mit der Ablegung des Assessorexamens beschäftigt.